# TRATADO DE DIREITO Privado

## Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

**Em conformidade com o Código Civil de 2002**

BOOKSELLER

# TRATADO DE DIREITO PRIVADO

# PARTE ESPECIAL

# TOMO XXXVII

Direito das Obrigações: Negócios Juildicos unilaterais. Direito cambiariforme. Cheque. Direito extracambiario e extracambiariforme. Direito internacional cambiário e cambiariforme.

TÍTULO XIX

CHEQUE

PARTE 1

Introdução

CAPÍTULo 1

CONCEITO E NATUREZA DO CHEQUE

§ 4.093. *Cheque, titulo-valor.* 1. Elemento real e elemento obrigacional: titulo formal, título com pluralidade de vinculações, título com elemento representativo, título de prestação fungível, título comercial. 2. Complexo de vinculações cambiariformes no cheque, e postulações do direito cambiariforme sôbre cheque: titulo de ir receber e titulo de resgate. 3. Origens do cheque

§ 4.094. *Legislação sôbre o cheque e uso do cheque.* 1. Legislação sôbre cheque. 2. O cheque no Brasil. 3. Cheque britânico e cheque extrabritânico

§ 4.095. *Cheque e outros títulos-valor.* 1. Cheque e letra de câmbio. 2.Duplicata mercantil e cheque

§ 4.096. *Conceito de cheque.* 1. O que é o cheque. 2. Nome de cheque. 3.Definição de cheque

§ 4.097. *Natureza do cheque.* 1. Teorias sôbre a natureza do cheque. 2.Cheque e ordem de pagamento. 3. Cheque e assinação. 4.Direito à provisão. 5. Apresentação e direito à provisão. 6.Pagamentos em cheques REGIME JURÍDICO DO CHEQUE

§ 4.098. *Cheque e declarações unilaterais de vontade.* 1. Ato unitário do cheque e declarações singulares. 2.

Relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente. 8. Propriedade, posse e tença. 4. Figuras subjetivas

§ 4.099. *Cheque e tutela jurídica.* 1. Medidas constritivas contra o portador do cheque. 2. Interpretação da lei sôbre cheque. 3.Técnica da legislação

PARTE II

Assunção das obrigações no cheque

CAPÍTULO 1

CAPACIDADE

§ 4.100. *Capacidade ativa.* 1. Capacidade de direito e - capacidade de exercício. 2. Absolutamente incapazes e cheque. 3. Menores, sílvícolas, pródigos e cheque. 4. Mulher casada e criação de cheque

§ 4.101. *Capacidade passiva.* 1. Princípio da capacidade passiva especial. 2. Cheque contra pessoa que não pode ser o sacado e o passador de cheques. 2. Autorização para criação do cheque

§ 4.110. *Extensão e falta da autorização.* 1. Extensão quantitativa da autorização. 2. Extensão qualitativa da autorização. 3.Falta de autorização

CAPÍTULO VI

FORMA E PROVA DO CHEQUE

4.111.

§ 4.112. § 4.113.

CAPÍTULO II

SUBSCRIÇÃO E EMISSÃO DO CHEQUE *Pressupostos de forma.* 1. Rigor cambiariforme. 2. Aparência e eficácia

*Cheque e negócios jurídicos unilaterais.* 1. Declarações de vontade no cheque. 2. Interpretação do cheque. 3.

Prova 110 *Fatos que atingem o cheque como título-valor.* 1. Alterações e destruição. 2. Atos de disposição oriundos do possuidor.3.Comercíalidade do cheque

§ 4.102. *Saque chéquico.* 1. Criação do cheque. 2. Pressupostos formais do cheque

§ 4.103. *Pressupostos formais.* 1. Nome do título. 2. Soma a pagar.8.Data do cheque. 4. Pós-data. 5. Assinatura do passador do cheque. 6. Nome do sacado. 7. Lugar do pagamento.8.Domíciliação do cheque §

4.104. *Cheque incompleto e cheque em branco.* 1. Os dois conceitos.2.Enchimento do cheque CAPÍTULO III

PRESSUPOSTO EFICACIAL DA PROVISÃO

§ 4.105. *Provisão e cheque.* 1. Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 1.0. 2. Que é provisão? 3. Conta corrente e conta corrente bancária. 4. Abertura de crédito. 5. Momento em que deve existir a provisão

§ 4.106. *Falta de provisão e atitude de doutrina.* 1. Provisão e falta de provisão. 2. Teorias sôbre a falta de provisão. 3. Destinação ou antecipação dos fundos disponíveis. 4. Extinção da provisão CAPÍTULO IV

VONTADE SUFICIENTE

4.114. *Criação do cheque e declarações de vontade insertas.* 1. Declarações de vontade no cheque e fora do cheque. 2. Reservas mentais. 3. Declaração de vontade de criação do cheque. 4.Órgão e representação. 5. Cheque em branco

4.115. *Não-seriedade e vícios de vontade.* 1. Não-seriedade. 2. Côação. 3. Êrro e dolo 4.116. *Oposição ao pagamento.* 1. Se é possível a oposição ao pagamento. 2. Contra-ordem. 3. Atitudes do sacado
CAPÍTULO VIII

OS TRÊS POSTULADOS NO DIREITO SÓBRE CHEQUES

§ 4.117. § 4.118.

*Consequências de ser cambiariforme o cheque.* 1. Os três postulados. 2. Autonomia das obrigações cambíarías....

*Cheque incompleto e cheque em branco.* 1. Cheque em branco.

2.Enchimento do cheque

PARTE III

DEPÓSITO BANCÁRIO, CONTAS CORRENTES E CRÉDITOS ABERTOS

4.107. *Conceitos.* 1. Conceito de depósito. 2. Depósito irregular. 3.Depósito bancário 4.108. *Depósito bancário no direito brasileiro.* 1. Análise do negócio jurídico. 2. Espécie de depósito irregular
CAPÍTULO V

PRESSUPOSTO EFICACIAL DA AUTORIZAÇÃO

§ 4.109. *Autorização de saque e seu conceito.* 1. Problema de técnica jurídica legislativa quanto à relação prévia entre o sacado Institutos chéquicos singulares

CAPÍTULO 1

CRIAÇÃO E PASSE DO CHEQUE

§ 4.119. *Criação do cheque.* 1. Criar e passar o cheque. 2. Ordem cronológica das assinaturas. 3. Promessa do passador do cheque

4.120. *Cheque e declaração do passador do cheque.* 1. Ato unitário e declaração do passador do cheque. 2. Firma do passador do cheque; responsabilidades

CAPÍTULO II

CIRCULAÇÃO DO CHEQUE

§ 4.121. *Lei da circulação.* 1. Cláusulas da circulação do cheque. 2.Cheque nominativo sem cláusula à ordem. 3.

Circulação cambiariforme do cheque. 4. Cheque ao portador. 5. Eficácia da posse do cheque ao portador

§ 4.122. *Endossos para transiação do direito à provisão.* 1. Chequee endôsso. 2. Cheques endossáveis e cheques inendossáveis.3.Onde se lança o endôsso. 4. Declaração de vontade deendossar. 5. Endôsso puro e simples

§ 4.123. *Endossos não transíativos.* 1. Endôsso-mandato, ou endôsso--procuração; endôsso fiduciário. 2. Cheque e penhor....

§ 4.124. *Endósso e acidentes de tempo e de vontade.* 1. Endôsso posterior ao prazo de apresentação e endôsso após a falta de pagamento. 2. Cheque que passa à mão do sacado. 3. A circulação e as defesas. 4. Cheque de cláusula alternativa.5.Endôsso parcial

§ 4.125. *Endossatários do cheque.* 1. Endôsso ao pagador do cheque.2.Endôsso ao sacado. 3. Endôsso ao passador do cheque. 4.Cláusula “sem garantia”

§ 4.126. *Circulação ao portador, cheque circular e negócios jurídicos sôbre cheque.* 1. Cheque de circulação ao portador. 2. Compra-e-venda. 3. “Cheque circular”

CAPÍTULO III

AVAL DO CHEQUE

§ 4.127. *Conceito.* 1. Conceito. 2. Natureza do aval do cheque...

§ 4.128. *Legitimação passiva.* 1. Aval ao passador do cheque. 2.Aval ao sacado. 3. Aval aos endossantes e aos avalistas

§ 4.129. *Forma e capacidade.* 1. Forma. 2. Capacidade

§ 4.130. *Espécies de aval.* 1. Pluralidade de avales e aval de aval.2. Aval antecipado. 3. Aval parcial.

4.Incondicionalidadedo aval

§ 4.131. *Vinculação do avalista.* 1. Situação do avalista. 2.Defesas oponíveis CAPÍTULO IV

INTERVENÇÃO NO CHEQUE

§ 4.132. *Ato da intervenção para pagamento do cheque.* 1. Intervenção e cheque. 2. Fim da intervenção. 3. Ato de intervenção

§ 4.133. *Pressupostos de intervenção.* 1. Interveniente indicado. 2. Pluralidade de intervenientes. 3. Indicação da firma honrada. 4. Eficácia do pagamento por intervenção o cheque e a quem se apresenta. 3. Capacidade do apresentante

§ 4. 135. *Diferentes espécies de cheques e apresentação.* 1. Apresentação do cheque marcado e do cheque visado

§ 4.136. *Lugar e tempo da apresentação.* 1. Cheque sem lugar de pagamento. 2. Alternativa de lugar e apresentação. 3. Prazo para a apresentação

§ 4.137. *Irradiação de efeitos.* 1. Eficácia da apresentação. 2. Ordem cronológica das apresentações. 3. Direito regressivo contra o avalista do passador do cheque. 4. Falência do sacado e apresentação do cheque fora do prazo.

5. Apresentação e provisão insuficiente

CAPÍTULO II

PAGAMENTO

§ 4.138. *Precisões conceptuais.* 1. Pagamento do cheque. 2. Órgão e representante

§ 4.139. *Cláusula a prazo e acordo de aviso prévio.* 1. Sorte da cláusula e prazo. 2. Acôrdo sôbre aviso prévio

§ 4.140. *Legitimação ativa.* 1. Legitimação do portador. 2. Mesmo tempo; mesma data do cheque. 3. Cheque e pluralidade de contas. 4. Exame objetivo

§ 4.141. *Pagamento do cheque e meios de extinção.* 1. Conceito da dação em soluto. 2. Responsabilidade pelo vício da coisa e pela evicção. 3. Dação de título de crédito. 4. Dação em soluto e garantias. 5. Pagamento com cheque. 6. Compensação com os créditos sacáveis por cheque. 7. Cheque e quitação. 8. Êrro do sacado. 9.

Câmaras de compensação. 10. Cláusula “para pôr em conta”

CAPÍTULO III

NÃO-PAGAMENTO E PROTESTO

§ 4.142. *Falta de pagamento.* 1. Natureza e espécies de protesto.

2.Intimações e aviso. 3. Forma e prova do aviso. Eficácia do protesto e do aviso

§ 4.143. *Ação executiva.* 1. Ação executiva e protesto. 2. Multa e pagamento no protesto. 3. Sacado que retém o cheque sem pagar. 4. Estatuto do prazo de apresentação. 5. Cláusulas “sem despesas” e “sem protesto”

§ 4.144. *Concurso de credores.* 1. Passador do cheque, falência ou liquidação extrajudicial. 2. Sacado, falência ou liquidação extrajudicial

§ 4.145. *Apresentante e ato de apresentação.* 1. Servidor da posse e

mandatário. 2. Medidas constritivas contra o passador do cheque

PARTE IV.PARTE V

Pagamento do cheque

CAPÍTULO 1

APRESENTAÇÃO DO CHEQUE

Destinação do Cheque

CAPÍTULO 1

ESPÉCIES DE CHEQUES

§ 4.146. *Destinação do cheque.* 1. Cheques de viagem. 2. Assinação circular

§ 4.147. *Cheque cruzado.* 1. Origens do cruzamento nos cheques.

2.Direito brasileiro. 3. Conceito de cruzamento. 4. Incancelabilidade do cruzamento. 5. Legitimação para a recepção. 6.Declaração unilateral de vontade e cruzamento de cheque.

7.Cruzamento e acôrdo sôbre cruzamento. 8. Eficácia do cruzamento. 9. Supressão do cruzamento. 10.

Pluralidade de cruzamento. 11. Liquidação do banco intercalar

CAPÍTULO II

MARCAÇÃO E VISTO DO CHEQUE

§ 4.148. *Conceito de espécies de cheque com marcação.* 1. Cheque

marcado. 2. O acôrdo de marcação é negócio jurídico sobrejacente. 3. Marcação parcial e marcação plural. 4. Marcação unilateral. 5. Tempo para pagamento do cheque marcado

§ 4. 149. *Conceito de visto.* 1. Visto. 2. Usos comerciais sôbre o cheque CAPITULO III

PENALIDADES

§ 4.150. § 4.151.

*Direito penal e cheque.* 1. Cheque e figuras penais. 2. Problema do elemento fáctico do dolo *Provisão e cheque.* 1. Retirada da provisão ou de parte do que bastaria ao pagamento. 2. Pagamento do cheque a que falta tôda ou parte da provisão. 3. Multas. 4. Plano do direito fiscal

PARTE VI

Ações cambiárias e processos cambiários

CAPITULO 1

AÇÃO CAMBIÁRIA E CHEQUE

§ 4.152. *Apresentação do cheque para pagamento.* 1. Pretensão ao pagamento do cheque. 2. Ação executiva. 3.

Defesa, na ação executiva. 4. Questão prévia da executividade

§ 4. 153. *Protesto e cheque.* 1. Protesto e ação contra o passador do cheque. 2. Certeza e liquidez CAPÍTULO II

AMORTIZAÇÃO DO CHEQUE

§ 4.154. *Ação de amortização.* 1. Amortizabilidade do cheque. 2.Forma de cheque e defeitos

§ 4.155. *Processo da ação de amortização.* 1. Processo. 2. Edifal.

TÍTULO XX

DIREITO SUBSTANCIAL EXTRACAMBIÁRIO E EXTRA CAMBIABIFORME

CAPÍTULO 1

ATUAÇÃO DO DIREITO EXTRACAMBIÁRIO E EXTRACAMBIARIFORME CONTRA OS ATOS

CAMBIÁRIOS OU CAMBIARIFORMES E OS SEUS EFEITOS

§ 4.156. *Direito extracambiário e direito extracambiariforme e regras jurídicas atuantes.* 1. Tutela da aparência.

2. Leis contra a usura. 3. Leis vedativas de certas cláusulas de moeda.

§ 4.157. *Terceiros e regras jurídicas protectivas.* 1. Proteção dos interêsses de terceiros por outros ramos do direito. 2. Proteção do terceiro. 3. Simulação. 4. Simulação do lugar da. criação. 5. Simulação e fraude contra credores. 6. Necessidade de se não confundir a alegação de simulação com a. alegação de falta de causa. 7. Vícios a serem evitados. 8.A fraude contra credores e o direito cambiário. 9. O direito civil e a fraude contra credores

§ 4.158. *Concurso de credores.* 1. Direito falencial, liquidações e concurso de credores civil. 2. Ainda o direito falencial. 3. Efeitos da obrigação e efeitos dos pagamentos. 4. Período legal da falência. 5. Atos a titulo gratuito.

6. A ação pauliana e a ação revocatória; sucessão “mortis causa”, etc. 7. ônus da prova; presunções. 8. Direito conjugal e morte de unidos cônjuges

CAPÍTULO II

ATUAÇÃO DO DIREITO EXTRACAMBIÁRIO OU EXTRACAMBIARIFORME NO “BRANCO” DEIXADO PELO DIREITO CAMBIÁRIO OU PELO DIREITO CAMBIARIFORME

§ 4.159. *Possuidor do titulo e devedor.* 1. Quando o direito cambiário ou cambiariforme se desinteressa da proteção especial ao possuidor do título cambiário. 2. O “branco” deixado pelo direito cambiário ou cambiariforme

§ 4.160. *Negócio jurídico que vem à tona.* 1. Negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente e abstração do título cambiário ou cambiariforme. 2. Confusões provenientes de estudos superficiais. 3. Novação e direito cambiário ou cambiariforme. 4. A má fé e o exsurgimento do direito extra cambiário ou extracambiaríforme

§ 4.161. *Objeções e exceções.* 1. Defesa do obrigado e limites traçados pelo direito cambiário ou cambiariforme; objeções e exceções fundadas no direito cambiário ou cambiaríforme e objeções e exceções fundadas no direito extracambiário ou extracambíariforme. 2. Inoponibilidade de certas objeções e exceções.3. Quando as defesas concernentes à causa do negóciojurídico subjacente, ou à falta de causa, vêm a exame;ilicitude;divida de jôgo, etc. 4. Incapacidade e vícios devontade;coisa julgada, falência, concordata, coação moral, ete CAPÍTULO III

TAXINOMIA E REGIME DOS TÍTULOS DE FAVOR

§ 4.162. *Posição do problema e dados críticos.* 1.Problema técnicodos títulos de favor. 2. Títulos de favor emá fé.

3. Títulos de favor e fraude contra credores

*§* 4.163. *Emendas à jurisprudéncia.* 1. O êrro de um acórdão. 2.Outro êrro igualmente grave CAPITULO IV

DIREITO EXTRACAMBIÁRIO OU EXTRACAMBIARIFORME FORA DAS OBJEÇÕES E DAS

EXCEÇÕES

§ 4.164. *Relações jurídicas subjacentes, simultáneas ou sobre jacentes.* 1.Impugnativas e exceções. 2. Direito público e direito privado extracambiário ou extracambiariforme

.§ 4.165. *Direitos reais de garantia e títulos cambiários e cambiariformes.* 1. Hipoteca em garantia de letras de câmbio, notas promissórias e

duplicatas mercantis; nota promissória em substituição de dívida hipotecária. 2.

Relações jurídicas entre os endossantes-mandantes e os endossatários-mandatários. 3.Endôsso pignoraticio; endôsso por procuração. 4. O art. 46 da Lei n. 2.044 e o art. 8 da Lei uniforme. 5. Ação declaratória. 6. Fiança, penhor e hipoteca

§ 4.166. *Títulos cambiários ou cambíaríformes e eficácia.* 1. Efeitos da letra de câmbio, da nota promissória e da duplicata mercantil. 2. Reconhecimento das firmas. 3. Concurso falencial de credores

§ 4.167. *Sucessão de algum titular ou de vinculado.* 1. Sucessão "mortis causa". 2. Sucessão entre vivos 4.168. *Regressividade e demanda prematura.* 1. Obrigado cambiário ou cambiariforme que paga. 2. Credor que demanda o obrigado antes de vencida a divida

CAPÍTULO II

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE DIREITO CAMBIÁRIO

§ 4.171. *Regras jurídicas sôbre competência legislativa e sôbre direito cambiariforme.* 1. Estado competente para legislar sôbre o direito--cambiário e sôbre o direito cambiariforme. 2.Títulos cambíariformes com representatividade 365 § 4.172. *Cláusulas e pressupostos.* 1. Cláusulas ao portador, à ordem e de nominação.

2. Pressupostos materiais e formais do titulo cambiário

§ 4.173. *Estados competentes.* 1. Estado da lei pessoal, criação e tomada do título; Estado da situação. 2.

Multiplicidade de Estados interessados. 3. O contacto com o "alter". 4. Polipatria e apatria. 5. Soluções científicas. 6. Pessoa incapaz em território cujo direito a considera capaz. 7. Conteúdo e forma da obrigação cambiária

CAPÍTULO III

ESTATUTO DO CONTEÚDO DA DECLARAÇÃO CAMBIÁRIA

§ 4.174. *Conteúdo das declarações cambiárias.* 1. Requisitos materiais e efeitos das declarações cambiárias. 2.

Declaração do criador do título. 3. Estatuto dos efeitos

§ 4.175. *Precisões.* 1. Indicação do lugar. 2. Aceite da letra de câmbio. 3. Cheque e prova. 5. Ação de enriquecimento injustificado cambiário

CAPÍTULO IV

ESTATUTO DA FORMA DA DECLARAÇÃO CAMBIÁRIA

§ 4.176. *Estados que podem legislar.* 1. Competência legislativa quanto à forma. 2. Prática dos Estados

§ 4.177. *Sêlo.* 1. Obrigação de selar. 2. Direito interestatal CAPÍTULO V

TÍTULO XXI

ESTATUTO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS CAMBIÁRIOS DIREITO INTERNACIONAL CAMBIÁRIO

E DIREITO INTERNACIONAL CAMBIARIFORME

CAPÍTULO 1

NATUREZA E OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL CAMBIÁRIO

§ 4.169. *Conceito e previsões.* 1. Direito internacional cambiário ou direito cambiário internacional, sobredireito do direito cambiário. 2. Divisão do direito internacional cambiário. 3. Direito internacional cambiário material. 4.

Direito internacional cambiário formal

§ 4.170. *Metodologia e programação.* 1. Método científico no tratamento da matéria. 2. Jurisdição e reenvio

§ 4.178. *Ação cambiária ou cambíariforme e lei competente.* 1. Estatuto da execução. 2. Apresentação, protesto, legitimação.

3.Cláusula “sem protesto”. 4. Lugar do protesto. 5. Protesto em separado ou não

§ 4.179. *Legitimação e regresso.* 1. Legitimação do portador. 2. Tempo para o exercício do regresso CAPÍTULO VI

ESTATUTO DA SÉRIE DOS POSSUIDORES

§ 4.180. *Posse e direito cambiário e cambiariforme* 1. Discussãoentre possuidores. 2. Qualificação do endôsso

§ 4.181. *Títulos perdidos e títulos furtados.* 1. Perda e furto. 2. Cambial em branco CAPITULO VI!

TÍTULOS CAMBIÁRIOS E CAMBIARIFORMES E NEGÓCIOS JURÍDICOS SUBJACENTES, SIMULTÂNEOS OU SUBJACENTES

§ 4.182. *Abstração e negócio jurídico básico.* 1. Negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente. 2. Estatuto da abstração; provissão

§ 4.183 . *Precisões.* 1. Opinião de Giulio Diena e de C. Lyon-Caen. 2.Vinculação do sacador, 3. Relações de direito extracambiário

Título XIX

CHEQUE

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO CHEQUE

§ 4.093. Cheque, título-valor

1.ELEMENTO REAL E ELEMENTO OPERACIONALTITULO FORMAL, TITULO COM PLURALIDADE

DE VINCULAÇOES, TÍTULO COM ELEMENTO REPRESENTATIVO, TITULO DE PRESTAÇÃO

FUNGIVEL, TITULO COMERCIAL. Nos títulos cambiários e cambiariformes, ao elemento obrigacional, pessoal, liga-se o elemento real, que prepondera, acentuando-se tal preponderância nas letras de câmbio ao portador, na letra de câmbio e nota promissória com o nome do tomador em branco, e nos títulos cambiários e cambiariformes endossados em branco, mas, principalmente, no cheque, que é quase papel-moeda e tem vida curta, exatamente para se obviar aos inconvenientes dessa circulabilidade com forte carga de representação do dinheiro sacado. A respeito do próprio cheque, o elemento vontade, que se concretiza no elemento real, é ineliminável. O cheque herdou dos títulos cambiários, como, depois, a duplicata mercantil, a altura técnica de conciliação de interêsses particulares, e do público, de modo que não se hão de sacrificar êsses àqueles, ou vice-versa, nem se há de atender ao elemento real, sem se atender ao elemento pessoal, ou vice-versa. O

complexo de expedientes técnicos, que fêz a harmonia, sem par, do direito cambiário, logra, no direito sôbre cheque, a mesma inteireza quanto ao instituto do cheque e aos diferentes institutos singulares que nêle aparecem.

Neste Tomo XXXVII, temos o direito brasileiro sabre o cheque, tal como é, e não tal como deveria ser. Para se aprofundar o seu estudo é que nos referiremos ao direito uniforme, caracterizando-lhes as diferenças. Os expositores do direito brasileiro sôbre cheque têm turbado, perturbado e conturbado a sistemática do cheque com as suas incursões em direito estrangeiro, fugindo, aqui e ali, à própria letra da Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912.

O cheque foi criado, escandido, burilado, por banqueiros e comerciantes, que estavam em constante contacto com problemas da vida, e encontravam, de um lado, as regras jurídicas, reveladas, do direito cambiário, e, do outro, exigências dos técnicos do direito para a inserção do cheque nos sistemas jurídicos. Enquanto se mantinha o terreno conquistado ao direito comum pela letra de câmbio e pela nota promissória, iam-se pondo em relêvo os traços diferenciais do instituto mais nôvo. A separação do cheque, em sua existência como cheque, da provisão e da autorização, sem que do lado do sacado se tenha eliminado a necessidade de ter o passador do cheque provisão e estar autorizado, é a característica mais ressaltante do cheque. A lei impôs a abstração, a fim de assegurar a melhor circulação, porém evitou que o cheque se desnaturasse em puro título de crédito. A vida

rápida do titulo livra-o de exercer a função do pape]-moeda, embora possa ser ao portador. Daí a inconfundibilidade do desconto do cheque com o desconto da cambial, ou da duplicata mercantil, e a inadequabilidade do cheque a substituir o dinheiro, em vez de só o representar.

Alguns escritores lançaram brocardos que perturbariam a sistemática do cheque se fôssem levados à letra, ou insertos na lei como regras jurídicas não-escritas, tais como "Não há cheque sem contrato de cheque" (G.

COHN), "Cheque sem provisão é moeda falsa".

É preciso não se confundirem o sistema jurídico brasileiro, *em que o portador tem direito à provisão,* e os sistemas jurfdícos estrangeiros, em que não há tal direito. Nesses, o portador tem apenas expectativa de pagamento, e não direito:

O direito à provisão somente nasce à apresentação do cheque, se há provisão, e o sacado o paga. Nos demais títulos de que tratamos, o possuidor tem direito a apresentar para se estabelecer a relação jurídica de obrigação.

No sistema jurídico brasileiro, o art. 8.0, alínea a, ~ claríssimo: "O beneficiário adquire direito a ser pago pela 1~

provisão de fundos existentes em poder do sacado, desde a data do cheque".

A grande função econômica do cheque é permitir que as pessoas físicas e jurídicas, que têm necessidade de grandes somas para pagamentos, ou que têm pequenas economias e podem delas precisar repentinamente, sem poderem ir ao banco, ponham em conta corrente essas somas e essas economias, *que ficam exercendo,* no intervalo, *a. função de dinheiro empregável.* O que estaria, infrutífero, em cofres, ou em gavetas, ou esconderijos, está no banco, vencendo juros e permitindo aos bancos o seu pleno desenvolvimento. Não só se poupa tempo de transporte, não só se evitam riscos; multiplica-se a função do numerário. Por outro lado, as câmaras ou casas de compensação, *ctearing houses,* facilitam os serviços bancários, por processo de seleção e compensação.

Seleciona-se, para se saber quais os bancos que podem compensar, e os processos técnicos para isso chegaram a perfeição e sutileza técnica de extraordinária eficiência.

Fala-se do descrédito do cheque, no Brasil, durante os últimos vinte e cinco anos. Atribuí-se a criações de cheques sem provisão. Primeiro, não há êsse descrédito. Apesar da falta de medidas enérgicas contra tais cheques sem fundos, o que se preencheria com remessa de certidão do protesto ao Ministério Público e a Associação Bancária do Rio de Janeiro o propusera e com a remessa obrigatória de nota do banco recusante ao Ministério Público, que promoveria a exibição do cheque e o processo. Segundo, se alguma baixa no prestigio do cheque se observou, foi devida à periclitante situação de alguns bancos e à liquidação de outros, fruto da desastrada política bancária dos governos, a emprestar quantias imensas a bancos de pequeno capital, ou de falso capital.

*(a)* O cheque é título *formal.* O Decreto n. 3.823, de 22 de outubro de 1864, arts. 8.0 e 99, cogitou de modêlo, anexo aos artigos do decreto. A Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, não foi até aí, contentando-se com a menção dos pressupostos formais. A lei só admite vontade de cheque que se expresse no título, de modo que os direitos, os deveres, as pretensões e obrigaçdes chéquicas emanem imediatamente do texto do cheque, que há de ter a denomínação *cheque,* ou outra equívalente, se escrito em língua estrangeira <Lei n. 2.591, art. 2.0, *a).* Ésse elemento formal do nome não era exigido no direito anterior a 1912. "O que não está no cheque não está no mundo" é um dos princípios jurídicos contidos no *Quod non est in cambio non est in mundo.* Tudo sObre que pode incidir o direito sObre o cheque está no cheque, bem que nem tudo que pode estar no cheque possa ser regido pelo direito sObre cheque. As leis sObre cheques têm por fito, precipuamente, a indicação do que se reputa necessário à segurança da expressão da vontade de se vincular em cheque. A técnica legislativa, aqui como em tantos outros pontos, há de evitar o exagêro de formalismo; mas há de precisar o que é indispensável, como forma, à circulação e à tutela dos possuidores de boa fé.

(b)O cheque é título *abstrato.* Nêle, abstrai-se da causa; não porque o haja impOsto a vontade do passador, mas sim porque o estatui a lei. É abstrato por fOrça de lei. Além de direito próprio, que adquire o possuYdor, tem êle direito abstrato; com isso a sua posição se fortalece: fica livre do contágio de quaisquer causas das relações jurídicas em que estiveram os possuidores precedentes. Nêle, há o conteúdo objetivo de declaração de vontade *de di&posição,* o que mostraremos ser particularidade do nosso direito, desde 1912, e há a lei, que a faz entrar no mundo jurídico, com tOda uma esteira de efeitos jurídicos. Possivelmente, duas ou mais declaraçôes de vontade *de disposição* (criação, endOsso, tradição) ou *de aval,* tOdas autônomas, formais e abstratas.

CESARE VIVANTE *(Trattato di Diritto Commerciale,* III, □

8 a ed., 159 s.) cometeu o êrro de não considerar

abstrato o cheque. Para êle, a letra de câmbio e a nota promissória circulam como títulos de direito abstrato, ao passo que o cheque circula em poucas mãos, por estar coligado a pressuposto de provisão. Confundiu o negócio jurídico subjacente com o negócio jurídico unilateral do passador do cheque. Êsse se vincula, e ao contacto do cheque com o *alter* digno nasce a relação jurídica de dívida, pois, se o titulo deveria representar dinheiro e não representava, por não existir provisão, a abstração do título ligou o passador, cambiariformemente.

(c)O cheque é titulo *de prestação fungivel,* prestação em dinheiro. Não representa certa coisa; refere-se quantia certa,

que há de estar em fundo disponível e sObre a qual a Lei n. 2.591, ad. S.0, já atribui ao beneficiário (portador)

"direito a ser pago", "desde a data do cheque". O art. 8.0 é regra jurídica do maior relêvo teórico e prático, no direito brasileiro sObre cheques; e guardemo-nos de vadear em direito estrangeiro diferente, distanciando-nos do que se estatuiu, tão firmemente, no art. 8.0 da Lei n. 2.591. Não se promete soma de dinheiro; declara-se que, pela assinatura e desde a data do cheque, se dispõe do que é disponível.

(d)O cheque é título que pode conter *pluralidade de disposições sucessivas* e *de* obrigações. A despeito da autonomia das declarações de vontade, que se pode inserir no cheque, vige o *principio da solidariedade* em relação ao titular do direito oriundo do cheque.

(e)O cheque é título *comercial.* Quaisquer que sejam o passador, os endossantes e os avalistas, o cheque é titulo comercial, que só se passa contra banco, ou comerciante.

(f)O cheque é título *executivo,* como os demais títulos cambiários e cambiarifonnes. Diz o art. 15 da Lei n. 2.591:

"São aplicáveis ao cheque as disposições da Lei n. 2.044, de Si de dezembro de 1908, em tudo que lhe fôr adequado, inclusive a ação executiva

## 2.COMPLEXO DE VINCULAÇOES CAMBIARIFORMES, NO CHEQUE, E POSTULADOS DO DIREITO

CAMBIAFORME SOBRE CHEQUE:

TITULO DE IR RECEBER E TITULO DE RESGATE. No cheque,

o complexo de declarações de vontade, de caracteres e de eficácias, que se inserem nêle e dêle resultam, coexiste em tOda harmonia e eficiência. Os *três postulados do direito cambid-. rio* refletem-se no direito sObre o cheque e inspiram as soluções: o do rigor cambiário, com que se submete a vontade privada ao niodêlo legal, que os pressupostos formais traçam, indiretamente; o da autonomia das declarações chéquicas; o da solidariedade entre os devedores e os obrigados por elas.

A declaração do passador do cheque é declaração de prestar. Os cheques são títulos de exação. Há o negócio jurídico unilateral, que se perfaz com a subscrição, tal como acontece com a cambial. Mas não há instrumento de crédito, há instrumento de entrega de dinheiro, título de exação. Por isso mesmo é sempre á *vista.* Não há aceite pelo banco ou outro estabelecimento contra o qual se possam subscrever cheques. Se o banco apóe aceite, tem-se por não-escrita a declaração unilateral de vontade. No sistema inglês, o cheque e cambial pagável à vista (Bilís of Exchange Act, sec. 73), o que não se enquadra no sistema jurídico brasileiro, nem no direito uniforme.

O cheque nada tem de instrumento de crédito; não é, portanto, título de crédito. Não satisfaz dizer-se que é instrumento *sui generis.* É titulo representativo, pOsto que represente bem fungível, que é o dinheiro, que, por isso mesmo, entrou no patrimônio do banco. O cheque representa o *direito* do subscritor. Se não há provisão, tudo se passa como o título representativo de mercadoria se não há *mais* a mercadoria representada.

Os cheques são *titulos de apresenta ção.* Sem a posse do título, ou da legitimação judicial em casos de amortização, não é possível exercer-se o direito oriundo do cheque, e alguns direitos são exercidos com a simples tença. O titular do direito à quantia tem de ir ao sacado, tem de ir buscá-la: a reclamação do quanto só se realiza com a apresentação do título. São, também, *titulos de resgate.* Quem paga o cheque, inclusive quem o desconta, há de exigir que se lhe entregue o título. Se a entrega não é possível, há de haver duas quitações: uma, no título; outra, em separado.

3.ORIGENS DO CHEQUE. (a) ISÓCRATES *(Trapezttwo, §§* 35 e 36)

escreveu que desejando êle fazer vir do Ponto o máximo de dinheiro, que fOsse possível, e tendo Estratocles de viajar para lá pediu êle a Estratocles que lhe deixasse o dinheiro que tinha, pois que lho pagaria, no Ponto, o pai, com o que dêle tinha em seu poder. Assim evitaria o viajante expor o dinheiro, principalmente porque os Lacedemônios dominavam, naquela época, o mar.

Mas é interpretação forçada já se ver aí o cheque, como aventurou E. CAILLEMER *(Êtudes,* II, 9 s.). Alude-se a expediente de que lançou mão ISÓCRATES, não de instituto jurídico. Temos, portanto, de pôr de parte tais asseverações. Os textos de CICERO, TERÊNCIO e PLAUTO tão-pouco provam a existência do cheque.

Tratava-se de ordens de pagamento, tanto mais quanto os Romanos ignoravam a própria cláusula à ordem, de que já usavam, tantos séculos antes, os Babilônios (E. Cuq, *Notes d‟Epigraphie,* 285).

(b)Certamente, OS síngrafos, sacados contra os trapezitos, desempenharam funções que hoje cabem aos cheques.

Não eram cheques. Os *contadi di banco,* venezianos, os *biglietti* e *cedule di cartalariO,* genoveses e milaneses, as *polizze* e *fedi di credito,* napolitanas, levaram a cabo funções que hoje se exercem com os cheques. Não eram cheques. O cheque é criação de 1759-1772, em Londres. As delegaçoes, *overwsjstnge,* holandesas, e as *Kassierbrie fje* de Antuérpia, serviram à função que hoje têm os cheques. Não eram cheques.

Os títulos que L. GALLAVRESI *(L‟Assegno bancario,* 5 e 12) e outros apontaram não são cheques.

A letra de câmbio provém do negócio jurídico de câmbio, êsse originàriamente só bilateral. Da letra de câmbio, já tornada negócio jurídico unilateral, exsurgiu o cheque, em que se extrinsecou a existência de provisão e pois a pré~vinculação do sacado. Na evolução da letra de câmbio, acabou-se por eliminar a referência ao trajecto, ao tempo dos transportes de moedas; e, na evolução do cheque, chegou-se a ponto de não mais se assimilar o cheque à letra de câmbio.

(c)Os banqueiros holandeses e os ourives inglêses, com As *goldsmiths notes,* foram precursores dos bancos com livros de cheque; mas os títulos, que criavam e emitiam, eram mais bilhetes de banco do que cheques.

Com a criação do Banco de Inglaterra, em 1694, abriu-se nova era aos

negócios jurídicos bancários, mas o cheque, propriamente dito, não nasceu então. A lei de 1742 dera ao Banco da Inglaterra o monopólio dos bilhetes pagáveis à vista ou ao portador; surgiu o cheque, mediante expediente que fugisse à lei monopoliza em vez de se passarem bilhetes pagáveis à vista ou ao portador, os banqueiros de Londres inscreviam o crédito dos clientes e a êsses entregavam caderninhos, contendo fórmulas, que os credores enchiam. A diferenciação foi, portanto, entre o *bilhete branco* e o *cheque,* e não entre *a cambial* e o *cheque.* A diferenciação entre o titulo cambiário e o cheque foi solução técnica portuguêsa, em 1833.

*§* 4.094. Legislação sôbre o cheque e uso do cheque

1.LEGISLAÇÃO SOBRE CHEQUE. É preciso que se não confunda com o uso do cheque a legislação sObre cheque.

O cheque teve o seu direito na Grã-Bretanha antes de ter a sua lei. Deu-se o mesmo em França, em Portugal e no Brasil.

O cheque fêz a sua viagem pelo mundo, quando foi preciso atender às novas circunstâncias do comércio.

Cronolôgicamente, temos: Portugal, 1883 e 1888; Grã-Bretanha e Irlanda, 1882; Estados Unidos da América, 1897; Brasil, 1845 e 1860; França, 1865; Bélgica, 1878; Suiça, 1881; Itália, 1882 e 1928 ;. Romênia, 1887; República Argentina e México, 1889; Suécia, Bulgária, Dinamarca e Noruega, 1897; Honduras, 1898; Japão, 1899 e 1911; Costa Rica e Peru, 1902; Venezuela e São Salvador, 1904; Áustria, 1906; Alemanha, 1908; Brasil e Bolívia, 1912; Turquia, 1914; Nicarágua e Colômbia, 1916; Grécia, 1918; Uruguai, 1919; Finlândia, 1920; Chile, 1922. O nome “cheque” já era freqUentemente usado no Brasil, ao tempo do Império.

Em certos países, antes da lei sObre cheques, usava-se o cheque, mas a jurisprudência o reduzia a letra de câmbio.

Noutros, negava-se-lhe a endossabilidade ou a circulação ao portador ou uma e outra. Noutros, deixava-se que entrasse no mundo jurídico, e reconhecia-se-lhe o ser figura jurídica. à parte. Exatamente, para obviar aos inconvenientes das discrepâncias jurisprudenciais, ou das decisões judiciárias, com a vida, foi que se conceberam as leis do

século XIX e comêço. do século XX sObre cheque.

2. O CHEQUE NO BRASIL. Que o cheque entrou no Brasil sem lei especial, mostra-o o Decreto n. 438, de 13 de novembro de 1845, que aprovou a fundação do Banco Comercial da Província da Bahia (Estatutos, art. 14, *§* 7.0)

: "Receber gratuita-mente dinheiros de quaisquer pessoas para lhes abrir contas correntes, e verificar os respectivos pagamentos e transferêndas, por meio de cautelas cortadas dos talões, que devem existir no Banco, com a assinatura do proprietário na tarja; contanto que tais cautelas não sejam de quantia menor de cem mil-réis".

No Código Comercial, ad. 153, apenas se disse: "O comerciante, que tiver na sua mão fundos disponíveis do comitente, não pode recusar-se ao cumprimento das suas ordens relativamente ao emprêgo ou disposição dos mesmos fundos; pena de responder por perdas e danos que dessa falta resultarem". Muitas figuras jurídicas cabem aí; todavia, para existir a prática do cheque, precisaria ocorrer o ato do comerciante que permitisse a criação de cheques: sem isso, não há cheque; há mandato de solução, delegação ou assinação de dívida, ordem de pagamento, ou o que quer que seja, inclusive letra de câmbio. Seria de mister algo que fOsse a "cautela cortada dos talões", ou algo que lhe fizesse as vêzes; mas essencialmente a manifestação de vontade do sacado, ou, pelo menos, lei que a suprisse, dando o *dever de respeitar,* satisfeitos certos pressupostos, o *saque em cheque.*

O cheque penetrou nos hábitos comerciais do Brasil. De tal jeito se alastrou o uso que a Lei n. 1.083, de 22 de agôsto de 1860, teve de prevê-lo e ressalvá-lo (art. 1.0, *§* 10) : "Nenhum banco, que não fôr dos atualmente estabelecidos por decretos do Poder Executivo, companhia ou sociedade de qualquer natureza, comerciante ou indivíduo de qualquer condição , poderá emitir, sem autorização do Poder Legislativo, notas, bilhetes, vales, papel ou título algum ao portador, ou com o nome dêste em branco, sob pena de multa do quádruplo do seu valor, a qual recaIrá integralmente tanto sObre o que emitir como sôbre o portador". Nas alíneas 2.2 e 8.~: "Esta disposição todavia não compreende os recibos e mandatos ao portador, passados para serem pagos na mesma praça em virtude de contas correntes, contanto que sejam de quantia superior a cinqUenta mil-réis. Tais recibos e mandatos deverão ser apresentados no prazo de três dias, contados das respectivas datas, sob pena de perder o portador o direito regressivo contra o passador". Aí cabiam e couberam os cheques. No Decreto n. 2.694, de 17 de novembro de

1860, que regulamentou a Lei n. 1.083, apenas se repetiu <ad. 1?, parágrafo único, 2.2 parte)

"Excetuam-se da regra ... 2.0, os recibos e mandatos ao portador de quantia superior a 50$000, passados por banqueiros e negociantes de uma praça, para serem pagos na mesma praça, os quais deverão ser apresentados no prazo de três dias, contados das respectivas datas, sob pena de perda do direito regressivo contra o passador". No mesmo ad. 1.0, parágrafo único, □

1 a parte, excetuavam-se da regra jurídica proibitiva: ltl.O, a (emissão) dos atuais bancos que se achar autorizada pelos seus Estatutos aprovados pelo poder competente, e na forma da legislação em vigor". O Decreto n. 2.694, com a assinatura do Presidente do Conselho de Ministros, revelava pouca ciência do assunto. O que a Lei n. 1.083 ressalvou foi muito mais: *a)* as operações dos bancos autorizados a elas; *b)* os recibos e mandatos ao portador, passados para serem pagos na mesma praça, de quantia superior a cinqUenta mil-réis. O Reg. n. 2.694 tentou, contra a lei, limitar a legitimação ativa, para a emissão, aos banqueiros e negociantes, o que não estava na lei, nem foi respeitado.

A inspiração do nosso direito sObre cheque, antes da Lei n. 2.591, foi inglêsa, e não francesa. Não tínhamos nem temos cheque contra pessoa não-banqueiro, nem comerciante. Tínhamos e temos o cheque em caso de abertura de crédito; e todos sabemos que o direito francês só depois se aproximou do direito inglês <cf. THOMAs BARCLAY, *Les tffets de commerce,* 189). É verdade que O. LYON-CAEN, durante discussão na Haia *(Áctes,* II, 156), achou que o sistema francês se confundia, aí, com o sistema inglês; mas isso não era o que se expunha durante o século passado (cf. D. TOUzAUD, *Des* t/ *fets de cominerce,* 186), com plena acolhida, contra o que sustentavam O.LYoN-CAEN e L. RENAULT.

Posteriormente, o Decreto n. 3.323, de 22 de outubro de 1864, corrigiu o excesso do Decreto n. 2.694, dizendo

<art. 29, parágrafo único, inciso 2.0) : "Os recibos e mandatos ao portador de quantia superior a 50$000, passados para serem pagos na mesma praça em virtude de contas correntes". No art. 89, o Decreto n. 8.323 estabelecia: "Os títulos ao portador, a que se refere o n. 2 do parágrafo único do artigo antecedente, permitidos pelo ad. 1.0, *§* ~o, 2.~ parte, da Lei de 22 de agOsto de 1860, deverão ser passados nos têrmos do modêlo anexo ao presente decreto, e apresentados ao banqueiro pelo podador, no prazo de três dias, contados das

respectivas datas, sob pena de perder o portador o direito regressivo contra o passador".

Note-se, de antemão: nem a Lei n. 1.083, nem os Decretos n. 2.694 e n. 8.828 proibiram os cheques nominativos e àordem. Quanto aos cheques ao podador, tinham êles de ser de quantia superior a 50$000 e para serem pagos na mesma praça. Ficavam de fora: os cheques nominativos ou à ordem, ainda que de praças diferentes àquela em que teriam de ser pagos. No art. 89, o Decreto n. 3.823 explicitou: "Os títulos a que se refere o art. 39 dêste decreto podem ser emitidos simplesmente com a cláusula *ao portador,* ou designando-se o nome a favor de quem se emitirem, e anexando-se a cláusula ou *ao portador.* Poderão também ser passados a pessoa determinada com a cláusula à *ordem,* ou sem ela; mas em tal caso não serão considerados títulos ao portador".

A fórmula era a seguinte:

*N.*

*Data*

*Nome*

z

*(quando fôr designado ~ no fundo) ou*

*Ao portador*

*$*

*AI.dede 186* (1)

*Ao Banco....*

*ou*

*A Casa bancária de...* . (2)

*Pague*(3) a *quantia*

*de*(4) *que levará, ao débito*

*de minha conta.*

*Rs.*

Assinatura do passador.

No art. *99,* advertiu-se: “A fórmula dos mencionados títulos poderá ser diversa do modêlo anexo; em todo caso, porém, o que tiver a cláusula *ao portador* deverá conter, sob as penas da lei, o seguinte: 1. Declaração do lugar onde é passado o título, e data da emissão. 2. Designação do banco ou banqueiro do mesmo lugar a quem fOr dirigido para o pagamento e com quem o passador tenha conta corrente.

3.Declaração por extenso, no corpo do titulo, da quantia

(1)Lugar onde é passado o título e data da criação.

(2)Nome do banco ou casa bancária.

<~> veja o art. 5□0 do Decreto a. 8.323.

(4)Por extenso.

cujo pagamento se ordenar, a qual será superior a 503000.

4.Assinatura do passador”.

O instituto que o Decreto n. 8.828 regulara era, precisamente, o cheque ao portador, com a referência do ad. 8.0 ao cheque à ordem, ao de cláusula mista (nominativo e à ordem; ou nominativo ou ao portador), e ao nominativo.

Faltava o nome, que era, ainda assim, corrente na doutrina e na prática, tanto que a “cheques” se referiu o Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, e, ao se legislar sObre reivindicação de títulos ao podador, a Lei n. 149-E, de 20

de julho de 1898, art. 16, falou dos cheques: “As disposições desta lei se aplicam aos seguintes títulos, sempre que forem ao podador: *a)* recibos e cheques nu mandatos passados para serem pagos na mesma praça em virtude de conta corrente; *b)* ações e obrigações de companhias, observadas as disposições das leis sObre sociedades anônimas; *c)* letras hipotecárias, emitidas por sociedades de crédito

real, nos têrmos da lei; *d)* apólices da dívida pública, quando não regidas por lei especial". Meses após, a Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, ad. 39, *§*

2.0, volveu a falar de recibos e mandatos ao portador, quando as leis fiscais já cogitavam do sêlo dos cheques (Lei n. 3.140, de 30 de outubro de 1882; Decreto n. 8.946, de 19 de maio de 1883, ad. 17, *§* 11, e Tabela B, 2.~ classe,

*§* 5~O, 1).

A Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912, não foi, portanto, a *primeira lei do Brasil sObre cheque.* Tivemos a coisa e o nome muito antes, no século XIX. O art. 1.0, *§* 10, 2.8 alínea, da Lei n. 1.083, de 22 de agOsto de 1860, referia-se aos cheques.

O Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, aludiu aos cheques como a instituto jurídico que todos conheciam:

"Consideram-se dívidas líquidas e cedas: *a)* as indicadas no art. 247 do Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850; *b* > as obrigações ao portador (debêntures) e os respectivos *coupons* para pagamentos de juros emitidos pelas sociedades comanditárias por ações; o > os bilhetes à ordem pagáveis em mercadorias; *d)* os *warrants; e)* os recibos dos trapicheiros; *1)* os cheques.. . ". Demais, houve a Lei n. 488, de 13 de novembro de 1945.

Na doutrina, em 1886, não fazendo mais do que exprimir o que era o direito do seu tempo, JosÉ DA SILVA COSTA *(Contrato de Conta Corrente,* 27 > escrevia: "Êste título pode ser simplesmente ao portador, ou pode ser a pessoa determinada, com cláusula à ordem. De ordinário, os bancos dão caderno em branco, de côres diversas, conforme a conta corrente é com caução, ou simples". E acrescentava (29) "...o cheque fraterniza com a letra de câmbio, mas dela se distingue por mais de uma diferença. Como a letra, o cheque tem quem o assine, é escrito, tem valor declarado, à vista, pessoa determinada, ou ao portador. Mas separa-se da letra em depender de provisão de fundos disponíveis, ter prazo que não exceda de três dias, não ter aceite, ser instrumento de pagamento, quando a letra é instrumento de crédito, ser passado no mesmo lugar, ter sêlo fixo de 100 réis". A enumeração dos pressupostos comuns e diferenciais foi imperfeita: certo, há de comum serem escritos, assinados, poderem ser ao portador; mas o ser à vista, necessâriamente, era traço diferencial do cheque, como supor provisão, não ter aceite, e, então, não hoje, ser passado no lugar do pagamento. O prazo de três dias não era

pressuposto necessário; a apresentação após o tríduo apenas determinava a queda da ação regressiva e o sêlo era exigência meramente fiscal. Faltou, outrossim, a referência comum à eficácia executiva.

## 3.CHEQUE BRITÂNICO E CHEQUE EXTRABRITÂNICO.

O cheque, inglês de origem, aclimou-se no continente europeu, enriquecendo-se em elemento de técnica legislativa. No século passado, teve a França a sua lei de cheque, que marcou um dos momentos históricos da evolução do cheque. Por outro lado, juristas e juizes revelaram princípios jurídicos que por bem dizer nasceram com o cheque sem que fOssem vistos. O pensamento britânico acompanhou os fatos da vida econômica, as espécies que surgiam; o pensamento continental procurava inserir o instituto no todo do sistema jurídico, apontando, aqui e ali, o caminho que os princípios gerais indicavam e os próprios desvios que a estrutura e a finalidade do cheque impunham. Isso não quer dizer que o direito britânico e o norte-americano do cheque tivessem ficado aquém do direito continental. O cheque sempre desfrutou, nos povos anglo

-saxônicos, de uso e confiança que não obteve nos outros povos. Na dimensão econOmica, pode-se dizer que, nos povos anglo--saxOnicos, se levou ao maior grau *possivel* a sua função de representação do dinheiro, sem, portanto, se chegar à identificação, ao passo que se manteve demasiado rente aos títulos cambiários o cheque continental e extra-europeu. Na dimensão jurídica, seria êrro pensar-se em tal diferenciação. O cheque, como o homem ocidental, é um só, a despeito das pátrias; indo, com as regras jurídicas anglo-saxônicas, ou com as regras jurídicas continentais, para fora da Europa e da América anglo-saxônica, é como o homem ocidental que se transplanta.

No direito britânico e no anglo-americano, a lei como que fotografa o que se passa com o cheque, que é fato da vida diária. No direito continental e dos outros povos, as leis são como invitações ao uso do cheque. Alguns fatos hão de ser lembrados como pontos iluminados na estrada para a posterior unificação: o Código Comercial holandês de 1888 (arts. 100, 210, 211, 221 e 222), que ainda refletiu a sua indistinção entre cambial e cheque na Lei holandesa de 5 de junho de 1925, mas foi como o traço de união entre o direito insular e o direito continental; o Código Comercial português de 1833, que separou, nitidamente, o cheque e a cambial; a lei francesa de 1865.

1.CHEQUE E LETRA DE CÂMBIO. À semelhança da letra de câmbio, o cheque pode ser ao podador. Mas dela há de distinguir-se por se *supor,* sempre, a provisão, e sempre se tirar contra banco ou casa bancária. Nasceu em concorrência com ela, mas completou-se-lhe, desde cedo, a diferenciação. No direito britânico, as regras jurídicas sObre letra de câmbio não empeciam o uso do cheque, facilitavam-no; ao passo que o direito francês das cambiais lhe tolhia a prática, com a vedação da criação ao podador e outras limitações. O direito francês tinha de conceber à parte o seu instituto do cheque. Se não se edictou lei perfeita, em verdade as imperfeições do direito cambiário francês concorreram para que, em 1865, se elaborasse lei em que se cortassem essas imperfeições. Todavia, o traço mais vivo da lei francesa foi o das sanções fiscais e penais.

O próprio L. NOUGUIER *(Des Chêques,* □

*2 a* ed., 11; *Traitá de la Lettre de Change,* 2A ed., 1, 36-51), que tanto exagerou as parecenças entre a letra de câmbio e o cheque, teve de reconhecer *(Des Chêques, 2~a* ed., 21) : “La lettre de change peut être tirée payable à date fixe ou à tant de mois, d‟usances ou de jours de vue; elie peut être soumise à Vacceptation du tiré. . . Dans le chOque, au contraire, il n‟y a pas d‟autre échéance que celle-ci: il doit être payé à présentation”.

As parecenças entre a letra de câmbio e o cheque são, todavia, no direito brasileiro, mais exteriores do que interiores. Com o cheque, presta-se direito; com a letra de câmbio, promete-se. Se alguma vez, em falta de numerário, o povo emprega o cheque, tal função creditiva do cheque é extraordinária, na só dimensão economica; juridicamente, continua de ser inconfundível com a *letra de câmbio* e com o *bilhete de banco.*

Se o cheque certificado quase faz bilhete de banco, o *plus,* que aí aparece, e não o cheque mesmo, é que se leve em conta no próprio direito britânico e no americano, a definição do cheque como letra de câmbio não tem, hoje, outra significação que a de o apontar como título cambiariforme. Temos de atender, no trato preciso do instituto, à sua caracterização especial no direito brasileiro.

2.DUPLICATA MERCANTIL E CHEQUE. Entre a duplicata mercantil e o cheque, a distinção é digna de tOda a atenção, pelo interêsse prático e científico. Na duplicata mercantil, a cádula alude ao negócio jurídico

concreto, necessàriamente entre o subscritor, que é o vendedor, e o aceitante, que é o comprador, é à imagem da letra de câmbio, quanto à estrutura, e à diferença dela, devido exatamente a êsse enchimento concreto inicial e necessário que faz da duplicata mercantil negócio jurídico *abstratizável.* O cheque nenhuma alusão contém ao negócio jurídico subjacente, entre o subscritor, que é como o subscritor da letra de câmbio, e o tomador ou primeiro portador; mas *iinplicitamente* se refere a negócio jurídico entre o sacado e o subscritor pela alusão à *provisão.* O

cheque representa direito; a duplicata mercantil, não. Por isso mesmo há parecenças (não identidade) entre o cheque e o conhecimento de depósito que não se poderiam encontrar entre a duplicata mercantil e o cheque. Por outro lado, a abstração do cheque pode iniciar-se no momento mesmo em que se subscreve, como ponto extremo de abstratização, *e. g.,* se A paga a B como cheque que C no mesmo momento faz. A foi possuidor num instante, que se seguiu à posse de C, dando a ilusão da simultaneidade. Em verdade, o que se passou, ainda se A não estava presente e O era mandatário de A, no negócio jurídico subjacente, ou simultâneo, foi a imediatidade, a justaposição infinitesimal dos atos no tempo.

A respeito do cheque não há o mesmo que a respeito da duplicata mercantil: a abstratização posterior, ou, melhor, a *abstratizaçao posterior.* O conceito há de ser precisado e aprofundado, porque é elemento diferencial do instituto. A discussão sObre ser o cheque simples instrumento de pagamento, ou ser título de crédito, como a letra de câmbio e a nota promissória, é discussão superada, desde que atendamos ao fato de que, no momento de ser subscrito, não se promete solução *(aliter,* quanto à letra de câmbio e à nota promissória), se solve com direito, que o cheque representa. Se entre o subscritor e o tomador ou primeiro portador há relação jurídica que pode vir à tona, como negócio jurídico básico, isso não é peculiar ao cheque, nem à duplicata mercantil. De modo que o traço distintivo entre a duplicata mercantil e os dois títulos cambiários (letra de câmbio e nota promissória) ou o cheque está na diferença de momento em que começa a abstração dêles. Letra de câmbio e nota promissória nascem títulos abstratos; assim, também, o cheque. A duplicata faz-se, depois, abstrata. Aquêles títulos são dois cambiários e um cambiarifOrme a duplicata mercantil, cambiariforme.

## *§* 4.096. Conceito de cheque

1.O QUE É O CHEQUE. Antes de se saber como funciona o cheque, é de mister saber-se o que êle é, situá-lo em classificação dos papéis ou efeitos de comércio, dos títulos negociáveis ou de circulação, e mostrar-lhe a natureza jurídica. Nêle, o subscritor ou passador é que assume, desde logo, o dever e transfere; ao passo que, na letra de câmbio, ao sacado, que aceita, é que incumbe a dívida cambiária de primeira plana: com o subscritor da letra de câmbio menos se parece o do cheque do que com o subscritor da nota promissória. Não se podem identificar os três títulos; a f *ortiori,* os quatro,

a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata mercantil e o cheque. Nas origens da letra de câmbio, muito havia, nela, de cheque, sem que já se pudesse falar de cheque. Os Judeus que, perseguidos em França, se refugiaram na Lombardia, nos séculos XII e XIV, se serviram de cartas, em estilo conciso e curto: se havia promessa, ou assinação , dependia dos fatos. De qualquer maneira, bem que ainda não existissem cheques, a estrutura e o funcionamento podiam, em certas circunstâncias, ser os do cheque. Aquêles FlorentinOs que, expulsoS pelos Guelfos, se refugiaram em Amsterdão, usaram as mesmas cartas, que podiam ser na realidade econômica letras de câmbio, ou cheques. Com uns e com outros sacavam sObre o que lhes pertencia, de modo que mais de cheques se trataria do que de letras de câmbio. Todavia, função de cheque e natureza de cheque são inconfundíveis o cheque, com função de cheque, é criação inglêsa, londrina, do século XVIII.

2. NOME DO CHEQUE. Em geral, os escritores franceses a atribuem a *cheque, checlc, chê que, Scheck,* o etímo *check,* de *to checlc* (conferir); e os inglêses, o étimo *echequier* (tabuleiro de xadrez), tanto que, nos primeiros tempos e até o século XIX, se dizia cite *quer,* e não *check.* Em verdade, isso nada prova. Checlc foi tirado de *Lo check,* que por sua vez corresponde a échec, francês, que foi a interjeição com que os jogadores de xadrez advertiam o parceiro de que o rei estava ameaçado (século XI). A explicação do nome pela forma das mesas dos banqueiros, que pareciam tabuleiros de xadrez, é fantasia. Ao tempo do nome *cheque, check, chê que* (após 18~5), os banqueiros não usavam mesas típicas para contagem de dinheiro; nem é de crer-se que o contar as provisões, ato interior às casas dos sacados, pudesse dar nome, ou sugerir nome, para a criação de tftulo,"que nasce e circula lá fora, vindo ao banco por poucos minutos para a prestação do quanto. *Cheque* vem de *zaque,* embora *check* venha no comêço do milênio de *échec.* A interjeição talvez fOsse xá *(sha,* rei), bem que o nome *xadrez* venha de *shatrani,* persa, que alude a quatro membros (elefantes, cavalos, carros e peões). Os Portuguêses diziam de chaque em chaque (melhor, de xaque em xaque, como escrevia, em 1614, DIOGO DO

COUTO, nas *Decad&s,* d. IX, Capítulo XIII:

"E de xaque em raque, como o rei de xadrés, andava o pobre moço ora nas mãos de hum, ora nas mãos de outro dos tutOres").

3.DEFINIÇÃO DE CHEQUE. Algumas leis entenderam inserir no texto definição de cheque. Tais definições refletem a linha histórica de cada sistema jurídico e o grau de evolução da sistemática do cheque. Para a lei britânica *(Bills ol Exchange Act,* sec. 73), cheque é *letra de câmbio* sacada contra banqueiro e pagável à apresentação *(on demand).* Para a lei argentina, é *ordem de pagamento,* dada a banco em que o sacador tem fundos depositados à sua ordem, ou tem conta corrente com saldo, ou tem crédito aberto. A lei francesa ainda se refere ao *mandato de pagamento,* como se o banco pagasse alguma coisa, como simples mandatário, ao portador.

As definições que aludem à letra de câmbio como se o cheque fosse espécie não levam em conta o Código Comercial pórtuguês de 1833, que os diferenciou. As que se referem à ordem de pagamento escamoteiam, com a noção de ordem de pagamento, o elemento próprio do negócio jurídico do cheque. As que se apegam ao mandato, essas, romanizantes, estão aquém de qualquer explicação científica dos títulos cambiários e dos títulos cambiariformes.

*§* 4.097. Natureza do cheque

1.TEORIAS SÔBRE A NATUREZA DO CHEQUE. (a) As teorias que procuraram explicar o cheque foram muitas: a) A *teoria contratual,* para a qual o cheque é instrumento de *emptio venditio pccuniae absentes,* ou de *permut aLio pecuniae praesentis ~per pecunia absenti,* ou de contrato *sui generis,* parecido com o de compra-e-venda de moedas. O argumento maior contra tal teoria é o de poder existir o endOsso, ou a circulação ao podador. Dai ter surgido a teoria do contrato literal.

Desde aqui, observe-se que aos sustentadores de tal teoria faltava o conhecimento dos negócios jurídicos unilaterais, principalmente dos negócios jurídicos unilaterais do título ao portador e do título à ordem. Tivemos ensejo de apontar e examinar essa deficiência doutrinária e científica dos expositores.

b) A *teoria da promessa unilateral,* que ora identifica o cheque com o papel-moeda, ora com a letra de câmbio, ou 4.097. NATUREZA DO

com os títulos ao portador. Ora o tem como espécie da classe “títulos cambiariformes”.

Não há dúvida que a declaração do criador do cheque é unilateral, mesmo se êle insere o nome do tomador. Isso não quer dizer que se trate apenas de promessa. Há mais do que isso: atribui-se ao portador ou ao endossatário o direito à parcela da provisão, que corresponde à quantia indicada no cheque.

c)A *teoria da promessa mista* (bilateral, com o primeiro portador; unilateral, com os demais). Essa teoria confunde o problema da natureza da promessa com o problema da abstratização. De certo modo, não desfita os olhos do negócio jurídico subjacente, ou simultâneo, ou mesmo sobrejacente, de que resulta a provisão.

d) A *teoria do cheque-mandato:* o subscritor daria ordem ao sacado de pagar ao podador. ~ levar demasiado longe a noção de mandato. Tal teoria foi a de JosÉ DA SILVA COSTA *(Con.trato de Conta Corrente,* 26) e a de H.

INGLÊS DE SOnSA *(Titulos ao Portador,* 364 s.), já após a Lei n. 149-B, de 20 de julho de 1893, art. 16, que distinguia “recibos”, “cheques” e “mandatos”, e o próprio Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, art. 2.~, *f),* que falava do cheque como instituto à parte.

A redução da figura do tomador ou do portador a mandatário ou representante do sacador é absurda. Aqui, como a respeito da cambial, devemos frisar que o sacador não manda, não faz assinação, não ordena, não encarrega.

Principalmente, tal teoria importaria regressão às teorias contratualisticas. O sacado não paga com coisa que esteja em depósito regular; a irregularidade do depósito pré-exclui pensar-se em outorga de poder de representação. O sacado pratica o ato-fato jurídico da entrega e debita ao sacador o que presta ao tomador ou ao portador.

Tão-pouco se poderia cogitar de *autorização.* O tomador, como possuidor, ou o portador, como possuidor, tem pleno poder para transferir, com a posse e outro requisito, se nominativo o cheque, a promessa do sacador, porém isso não faz da criação do cheque negócio jurídico de autorização.

Nem se enquadraria tal ato de criação no conceito de *procuração em*

*causa própria.*

O sacador da letra de câmbio promete negócio jurídico unilateral de terceiro, que, se à vista a letra de câmbio, é seguido *imediatamente* do pagamento *(=* prometer à vista é prometer aceitar e quem aceita logo paga). O sacador do cheque promete que o terceiro preste e tal terceiro, prestando, somente pratica ato-fato jurídico. A expressão

"pagamento" teria, aí, sentido largo, que seria o de prestar e deformaria o instituto. Se o sacador incorre em decretação de abertura de falência, ou de liquidação coativa, ou de concurso de credores civil, o cheque ainda não apresentado fica de fora, porque o sacado teve de *fechar* a conta.

O sacador faz declaração de *tradição* de título-valor, representativo de direito ao dinheiro, bem fungivel, que está na posse do sacado. A dificuldade de compreensão do que em verdade ocorre deriva das próprias dificuldades da concepção do depósito irregular. Porém o depósito irregular, aí, é negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. De qualquer modo, *outro* negócio jurídico, bilateral.

e) A. *teoria do cheque-cessão de crédito:* o subscritor (cedente) cede ao portador <cessionário) o crédito contra o sacado (devedor cedido).

Segundo a teoria do cheque-cessão de crédito, o sacador cede ao tomador ou portador o crédito que tem contra o sacado (ainda COrte de Bordéus, 2 de março de 1941; na Itália, por exemplo, L. GALLAVRE5I, *L"Assegno bancario,* 275 s.). Ceder-se-ia sem que se transferisse crédito, pois o sacado não é obrigado chéquico. Não se explicaria que o sacador pudesse dispor do crédito após expirar o prazo para a apresentação do cheque. Aliás, o negócio jurídico unilateral do sacador é abstrato, e nada tem por isso mesmo com o que haja, subjacente, simultânea ou sobrejacentemente, entre o sacador e o sacado.

f) A *teoria do cheque-delegação:* o subscritor do cheque delega ao banco, ou negociante, com possibilidade de ser sacado em cheques, a divida. Ressalta o romanismo intempestivo.

g) A *teoria do cheque-estipulação a. favor de terceiro,* que pareceu ter a vantagem de apagar ou descobrir a autonomia entre o direito do subscritor e o do portador, quanto à provisão.

É de afastar-se a teoria do contrato a favor de terceiro, ou do negócio jurídico unilateral a favor de terceiro. Se o sacado prometeu a

prestação ao terceiro, foi fora do negócio jurídico do cheque em que, aliás, êle não figura, somente é indicado. O ato do sacado é apenas ato-fato jurídico. Não há, nêle, declaração de vontade.

h)A *teoria do cheque-instrumento de pagamento,* que vem de 1865 e ainda seduziu a J. X. CARVALHO DE

MENDONÇA.

Com o cheque pode-se pagar, com o cheque pode-se prestar, sem ser em pagamento. Com cheque, pode-se derrelinqúir (faz-se o cheque ao portador e joga-se na rua). Por onde se vê que não seria suficiente tal teoria.

Aludir-se-ia a uma das finalidades que pode ter a criação do cheque.

(b)No direito brasileiro, é ineliminável a *representatividade no cheque.* Não é a mesma do papel-moeda, geral e permanente; mas é representatividade, quase a dos conhecimentos de depósito e *warrants,* juntos. Se é de sustentar-se mais representação nesses, não se obteria com a argumentação outra coisa que apontar escala entre representações, a caminho da *inatingida* identificação.

O cheque é *titulo de disposição;* o passador afirma, em declaração unilateral de vontade, que tem provisão, que pode passar cheque e que pode dispor do fundo. Há no cheque ato de disposição. Apresentado, o sacado não solve divida sua,

presta o que é do passador, e lança-o a débito dêle. Se há fundos, e o banco não paga, a situação do sacado não é a do devedor-mutuário que deixa de pagar a divida, mas a do depositário que falta à prestação da coisa depositada.

Em relação ao passador, o cheque prova que êle dispôs da quantia; em mão do banco ou casa bancária, que foi respeitado o cheque

ou porque era dever do sacado, havendo provisão, ou porque o *quis* respeitar, a despeito da falta de provisão, espécie em que o cheque prova, em conjunto com os elementos relativos ao deve e ao haver, a *divida* do passador ao sacado. Só assim se pode admitir o que disseram a Câmara Comercial do Distrito Federal, a 13 e a 16 de setembro de 1892, e a COrte de Apelação, a 16 de janeiro de 1893 *(O D.,* 66, 52; 61, 557). Mais uma vez frisamos, no começo dêste Tomo, em que o art. 8.0 da Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912, lá está para ser interpretado, aplicado e inserto em qualquer teoria que pretenda corresponder ao conceito de cheque, tal como se compõe no sistema

jurídico brasileiro: “O beneficiário adquire o direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado desde a data do cheque”. Se as leis estrangeiras não têm isso, de nenhuma ajuda nos pode ser a doutrina em tOrno de textos delas. O jurista tem de entender a lei que estuda, antes de qualquer incursão em sistemas jurídicos estrangeiros, para esclarecimentos comparatisticos.

Cedamente, se o elemento representado é bem fungível *e* se, depositado, o depósito é *depósito irregular,* isso influi na representação do bem, na representatividade do título. Influi nela, porém não a elimina.

(c)Quanto *à teoria contratual,* nada mais precisamos acrescentar às criticas e objeções, que lhe fizemos, ao tratarmos dos títulos ao portador e dos títulos à ordem, da letra de câmbio, da nota promissória e da duplicata mercantil.

A *teoria da promessa unilateral* é de admitir-se, se, a respeito do cheque, dá conta da presença do ad. 3~0 no sistema jurídico da Lei n. 2.591.

A *teoria da promessa mista* atende ao fato de não ser *ab initio* a abstração, mas sim posterior, porém cinde o mcmdível, ou duplica o induplicável: a declaração unilateral de vontade do subscritor.

A. *teoria do mandato* atribuía ao passador do cheque mais podêres do que se lhe reconheciam na prática da vida bancária e circulatória do cheque. Deformou o instituto mais do que o explicou. A redução da declaração de vontade criadora do cheque à categoria de declaração revogável de vontade foi conseqüência de tal assimilação ilegítima do cheque e da assinação mesma ao mandato. Por outro lado, tornava-se o portador adstrito a diligências e à perda da ação contra o sacador, em caso de negligência (não só de perda da provisão que existia ao tempo da criação). A teoria da representação ou da outorga de poder (com O. LENEL e F. LENT), por sua amplitude, pôde suplantar a teoria do mandato; porém ressurgia a dificuldade de se conciliar a representação pessoal com a aquisição da soma (ou do direito à soma), o que suscitou a variante teórica da representação pessoal unilateral para o encaixe.

A dificuldade maior estava na determinação da representação: ~ seria representação no negócio de adimplemento, ou representação no ato-fato de tradição?; ~ o portador representa o passador do cheque para a tradição ou para receber o pagamento? Em verdade, a resposta daria à representação o resolver problema que está acima dela. Saber-se

*para que é* a representação não é problema que dependa do conceito de representação, mas sim problema que está além dêle. Ao lado disso, vê-se o fato de não existir ação do podador contra o sacado, o que levou a ter-se como insuficiente a alusão à representação pelo portador e a recorrer-se à teoria da dupla representação (pelo sacado e pelo portador), tal como aparecia em ERNsT JACOBI, que depois reduziu a procura a simples autorização (cf. E. JAGOBI, *fie Wertpapiere im búrgerliche Recht,* 292 s.) Há outorga de poder, sim; não, porém, representação. A teoria do mandato é inadmissível em direito brasileiro, não só porque é irrevogável a declaração unilateral de vontade criadora do cheque como porque a falência do passador do cheque é sem influência específica no tocante ao cheque. A teoria do mandato poderia ter invocado, no Brasil, o art. 19, *§* 10,

2 a alínea da Lei n. 1.083, de 22 de agOsto de 1860, *verbis* "os recibos e mandatos ao portador", já antes da lei francesa de 1865. A teoria do cheque representativo teve insigne antecedente no Decreto n. 438, de 13 de novembro de 1845, que se referia à abertura de contas correntes e ao ato de "verificar os respectivos pagamentos e transferências por meio de cautelas cortadas dos talões, que devem existir no banco, com a assinatura do proprietário na tarja".

(Na leitura, convém que se evite qualquer confusão entre "representação" de uma pessoa por outra e

"representação" do bem no título, dito, por isso, título representativo. Cf. Tonios XV, *§§* 1.821, 1.765, 1, 1.781, 1, 1.825-1.832, XIX, *§* 2.300, 3, XX, 2.500-2.502, e XXXI, *§* 3.586, 2.) A *teoria da cessão de crédito* não poderia pretender tais fontes brasileiras, nem estaria à altura da cultura jurídica luso-brasileira. Bem que, para argumentar contra ela, gente de agora lance mão de raciocínios desenvolvidos em sistemas jurídicos que não possuem a regra jurídica do art. 8.0 da Lei n. 2.591 o que, de si só, revela o grande mal de tais leituras indigeridas e sem a conferência com o sistema jurídico brasileiro. O sacador passa a ser obrigado, se o sacado não paga, isto é, se o sacado, com ou sem razão, alega que não há provisão, ou autorização para a criação de cheque. O portador não adquire a provisão, como queria o Projeto apresentado à Câmara dos Deputados (art. 8.0: "O beneficiário adquire a provisão dos fundos desde a data do cheque"); mas adquire o *direito* a *ela.* A sutileza está aí. Há, não acOrdo de dispor, há ato unilateral de disposição, mas falta a *posse.*

A *teoria do cheque-delegação* foi sustentada por E. THALEE e J. PERCEROU. Pela delegação, o delegante pediria ao delegatário que aceitasse, como devedor, terceira pessoa, que é o delegado. O endOsso não cederia; delegaria. Daí a irrevogabilidade do endOsso. Se no endOsso houvesse mandato, seria êle revogável. A teoria da delegação teve adepto em TITO FULGÊNCIo *(Do Cheque,* 27), com a alusão a dois tempos e dois atos, o *contrato (?) de cheque* (anterior ao cheque), com elementos indeterminados (pessoa, tempo e soma), e a *emissão* (queria dizer: a criação, a feitura) e a *entrega do cheque,* que supõe aquêles e é levada ao conhecimento do banqueiro delegado, com a *apresentação.*

Quem quer que tenha lidado com classificações em lógica matemática, em matemática e em ciências naturais, bem sabe qual o relativo valor delas. Por outro lado, conhece o que significam elementos comuns a dois ou mais institutos. Se tomamos alguns traços que aparecem na letra de câmbio e no cheque, traços que permitem a edicção de regra jurídica como a do art. 15 da Lei n. 2.591, *podemos,* porém *não devemos,* dizer que o cheque é espécie da letra de câmbio. Certo banqueiro enunciara, ceda vez, que a letra de câmbio é cheque que se aceita. As duas proposições são falsas. A primeira leva a vantagem de ter sido da letra de câmbio que proveio o cheque. Os que mencionam como traço comum o ser titulo de pagamento erram palmarmente: às vêzes o é o cheque; não, a letra de câmbio, ainda à vista. A diferença quanto à capacidade passiva é acidental: há soluções diferentes, desde a que se limita aos bancos até a que se estende a todos *(e. g., a* Lei n. 1.083,

„0de 22 de agOsto de 1860). Bem assim, a não-endossabilidade do cheque nominativo, que se deriva do art. 39 da Lei n. 2.591, e não se encontra noutros sistemas jurídicos; e a brevidade do prazo de apresentação (o sistema jurídico britânico satisfaz-se com o prazo razoável). O grande traço diferencial está em que o cheque é saque sobre provisão antecipada, pré-destinada ao levantamento mediante cheques, ao passo que a letra de câmbio é título de crédito (ceda, a 33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 15 de março de 1945). „Quanto a distinguir-se o *cheque* do *bilhete de banco,* por ser o cheque, sempre, dado *pro solvendo,* não é verdade; depende dos têrmos do acOrdo sObre o recebimento em cheque, ou do pacto inserto no negócio jurídico *(e. g.,* em tantos cheques de *z* mil cruzeiros). Os traços distintivos maiores, quanto ao bilhete de banco, são a circulação forçada, que o Estado lhe .confere, e a carência de saque.

(Todas as atitudes doutrinárias que *descem* ao exame do -negócio jurídico básico subjacente, simultâneo ou sobrejacente perturbam e

conturbam a investigação. Letra de câmbio, nota promissória, duplicata mercantil e cheque são títulos .*abstratos.* A duplicata mercantil tem a particularidade, que mostramos, de não ser abstrata desde o momento da criação, .e sim abstratizável pelo aceite ou pelo endOsso. Todos, porém, -não podem ser explicados com aquilo de que cada um abstraiu.)

2.CHEQUE E ORDEM DE PAGAMENTO. No Código Comer„daí, o ad. 152 estatui: "O comerciante que tiver na sua mão fundos disponíveis do comitente, não pode recusar-se ao cumpri□mento das suas ordens relativamente ao emprêgo ou disposição dos mesmos fundos; pena de responder por perdas e danos „que dessa falta resultarem".

O movimento dêsses fundos disponíveis pode ser, principalmente, por mandato, ou por assinação, ou por cheque.

Para „que fOsse por cheque, antes da Lei n. 2.591, não se precisava de autorização para se criar cheque; tal exigência proveio da Lei „n. 2.591, ad. 1.0, *§* 2.0, em se tratando de conta corrente não--bancária ou de abertura de crédito. Tais complicações teceram os juristas em tOrno da natureza do cheque que JACQTJES BoxJ¶„ERON *(Le Chê que,* 147) escreveu: "Devant tant d"efforts, teus vains, nous sommes conduits à croire que le problême de la nature juridique du chêque est de même ordre que celui de la quadrature du cercle; nous nous demandons si l"on a pas fait fausse route et si le chêque possêde véritablement une nature juridique propre". Primeiro, exagêro de imagem; segundo, dúvida que se não justifica. O êrro estava exatamente em se ter tentado explicar o cheque por outros institutos, partindo-se da convicção de que o cheque não tem natureza própria.. Daí se partia, até aí se voltava.

A *teoria da autorização* passou da assinação ao cheque. Primeiro, teoria da autorização ao sacado; depois, teoria dai dupla autorização (ao sacado e ao portador). Para essa, o sacado é autorizado, pela assinação ou pelo cheque, a pagar; o portador, a receber. Não há, antes do pagamento, liberação d& sacado, nem, antes do recebimento, aquisição. Certo, já foi passo além, em relação às teorias do mandato e da representação; mas porque ainda mais se generalizava, a fim de se evitarem os inconvenientes dos conceitos, mais concretos,. de mandato e de representação (cf. J. v. SCHEY, *fie Obligationsverhdltnisse,* 1, 367; A. EHRENZWEIO, *S~ystein,* ~ 6Y ed., *§*

386, 264 s.). Nas investigações sObre a natureza do cheque,.

o grande mal foi descer-se ao negócio jurídico básico (subjacente,

simultâneo ou sobrejacente), *que pode não ter existidor* para se saber qual a natureza dêsse e subir-se, depois, à apreciação do cheque em si mesmo. ~ Há mandato no cheque, ou

assinação? Há ordem? Mas, ~ que é ordem? No conceito de ordem, à inglêsa, muito cabe. Compreende-se que se houvesse passado por tOda a gama dos negócios jurídicos com que-o cheque se parecia: delegação, contrato a 8

favor de terceiro, saque. A assinação acabou por ter maior acolhida, mas a assinação, nos diferentes sistemas 3

jurídicos, mal emergia da delegação comum. Dizer-se que o cheque é espécie de assinação, a assinação cambiária, é como dizer-se que o ser mais conhecido e preciso é espécie do ser, mais vasto, que se conhece menos. Dizer-se que é espécie de saque cambiário, ou de letra de câmbio, é extrapolar-se o conceito de cambiariedade, ou de letra de câmbio. O cheque não é letra de câmbio, nem é saque cambiário; cambiariforme, sim, ou, melhor, mais precisamente, chéquico (o que importa em tautologia). A diferenciação continental-européia e a latino-americana do cheque deixou à vista a irredutibilidade do cheque à letra de câmbio.

Se dizemos que a assinação no cheque é de pagamento, ao passo que assinação na letra de câmbio é para aceite, apenas estamos a distinguir atos de disposição patrimonial; ali, direta, aqui, através de vinculação do sacado aceitante ou solvente de soma, que não estava antecipadamente posta em conta corrente, ou crédito aberto.

Quando se vê no cheque autorização ao sacado (na teoria das duas autorizações), procura-se algo menos do que o cheque para se definir o cheque:

o tomador e os possuidores sucessivos não são autorizados a receber, são titulares do direito à provisão, em virtude do cheque. A declaração de vontade do passador do cheque cria o cheque; o que se passa quanto à provisão e a autorização para criar cheque é *entre* o passador do cheque e o sacado. Se o possuIdor recebe o cheque, embora não tenha havido provisão ou autorização, para êle é indiferente, como lhe é indiferente que o sacado tenha deixado de pagar por não ter provisão, ou não ter dado autorização, ou não ter querido pagar. O

cheque é abstrato. Se não se mantém o raciocínio rente a essas considerações cai-se na concepção do contrato a favor de terceiro, isto é, dos terceiros possuidores: os terceiros, quanto ao cheque, não são

terceiros, são donos; somente são terceiros quanto à relação jurídica relativa à provisão e quanto à autorização para se criar cheque, *de que o direito sObre cheque abstraí* e a que só se refere para apontar o que se exige entre sacador e sacado. O

sacado pode não pagar o cheque e, com isso, não pratica ato ilícito relativo *(* = infração obrigacional) perante o portador, e sim perante o passador do cheque, se êsse estava autorizado a criá-lo e tinha a provisão do saque.

Diz-se que a assinação, no cheque, se obtém mediante duas autorizações do passador do cheque, uma, ao tomador, e outra, ao sacado. *Autorização* ao sacado há no cheque, porém não é o cheque: o cheque supõe exercício do direito de criar cheques, mas o cheque não é o exercício do direito de criar cheques, é cheque, precisamente, pois que pode existir sem essa autorização e até sem provisão. Quanto à autorização aos pos suidores, tal autorização não existe: se A transfere a propriedade da casa, ou do livro, a B, não autoriza B, outorga-lhe direitos.

## § 4.097. NATUREZA DO CHEQUE

Nada mais prejudicial ao direito do que êsse uso de expressões vagas, ou demasiado largas, com que se fazem discursos jurídicos, em vez de ciência. O possuidor do cheque é apenas legitimado, como titular do direito à provisão, perante o sacado: a referência à existência de provisão suficiente e de autorização a criar cheques é inclusa na disposição do direito à provisão.

Referência, dissemos. Somente referência. Pago o cheque, tivesse ou não havido provisão, ou não pago o cheque, tivesse ou não havido provisão, tudo se passa, respectivamente, no plano do ato-fato do pagamento: houve ou não houve pagamento. Ao portador só interessa isso.

O cheque não é autorização, que a responsabilidade cambiária acompanha, como pretende LORENZO MOSSA *(Lo Ckec,k e l"Assegno circolare,* 103) : é declaração de vontade, criativa, cambiariforme, que o sacado recebe como exercício da autorização para criar cheques. O passador do cheque não presta o dinheiro, mas presta o *direito ao dinheiro;* não promete, presta; nem promete a promessa do sacado, presta o que está, antecipadamente, com o sacado. Se não tem provisão, é como quem paga a dívida com dinheiro alheio: paga a sua,

com direito à provisão, que não tem. O ato é, em si, cheque, mas i cheque como a venda da coisa alheia é venda. À venda de coisa alheia falta a, eficácia para o adimplemento em natura, salvo se o vendedor adquire, depois, a coisa; à criação de cheque sem fundos falta a eficácia perante o sacado: se Osse paga o cheque sem provisão, procede como o dono da coisa que entrega ao comprador a coisa, que é sua, mas foi vendida pelo não-dono. Assim como a compra-e-venda tem algo de eficácia, assim o cheque sem provisão tem eficácia que não é perante o sacado.

O portador, diante do sacado, é pessoa que apenas se tem de legitimar. Legitima-se, não porque haja autorização do passador do cheque a êle, mas sim porque é o *possuidor do cheque.* Nem se procure salvar a teoria das duas autorizações com a noção de autorização irrevogável. O próprio sacado não recebe o cheque como autorização de pagar, porém como titularidade de direito à provisão, que êle não acata, se não na há e não quer acatar. Há elemento representativo no cheque,

que é expresso na afirmação de haver provisão e autorização a criá-lo; mas êsse elemento não é precisamente o mesmo, que existe nos conhecimentos e *warrants,* é próximo a êle, é *minus* em relação a êle.

Na técnica jurídica, o melhor símile está nos negócios de compra-e-venda de imóveis, ou de móveis, quando a posse está com outro pessoa que o vendedor. Quando se aliena imóvel, por contrato de compra-e-venda, há o *negócio juridico consev sual da compra-e-venda,* pelo qual apenas se promete prestar o imóvel, o *acOrdo de transmissão,* pelo qual se presta, e a *transcrição* no registo de imóveis, sem a qual não há a eficácia real do acOrdo de transmissão. Ressalta a parecença do direito do portador do cheque com o direito do adquirente, se a escritura pública do contrato de compra-e-venda também contém o acOrdo de transmissão ("transmitindo, pela presente, a propriedade e a posse ao outorgado") : ambos já têm o direito à coisa, que é mais do que o direito à prestação da coisa, sem ainda terem adquirido, pois ainda não se procedeu à transcrição ou ao acatamento do cheque, a propriedade da coisa. Se passamos à *compra-e-venda de bem móvel,* verificamos que de regra o vendedor promete prestar ao outorgado o bem móvel, acrescentando que desde logo lhe transfere a propriedade *(acOrdo de transmissão),* dependendo da *transferência da posse* por alguém a aquisição da posse e, pois, da propriedade. No direito comum, a cada momento aparecem alienações em que o alienante não tem a posse imediata, nem, sequer, a mediata.

3.CHEQUE E AsSINAÇÃO. A propósito de letra de câmbio e de cheque,

costuma-se tratar de assinação, como se letra de câmbio e cheque o fOssem; sê-lo-ia também a duplicata mercantil. Pertencem os três institutos, mais a assinação, à mesma classe, o que é outra coisa. Também se falou de assinação a respeito de cheque postal, que de modo nenhum o e. Isso não quer dizer que se não possam invocar certas regras jurídicas que são comuns; evitemos dizê-las subsidiárias.

Pela assinação, o assinante autoriza *(stricto sensu)* o assinado a fazer a terceiro a prestação de dinheiro, valOres, ou outras coisas fungiveis, por conta do assinante, autorizando o terceiro a receber, em nome próprio, a prestação.

A princípio, confundia-se a assinação com o mandato mandato (ao assinado) de pagamento, mandato (ao assinatário) de cobrança. Ora, o mandato seria *plus,* em relação à simples autorização, que é o elemento necessário e suficiente à assinação. Se o assinatário, no caso concreto, tem de entregar ao assinante o que recebeu, há, também, *plus,* que é o negócio jurídico de que se irradiaria êsse dever. Portanto, é excessivo tomar-se por mandato a assinação; nem a assinação é mandato, nem todo duplo mandato contém assinação. O conceito de autorização é à base do instituto da assinação. (Autorização, em sentido lato, há para influir na esfera jurídica do autorizante mediante manifestação de vontade a ser emitida, ou a ser recebida, em nome do autorizante, ou em nome próprio; autorização, em sentido estrito, somente há para influir na esfera jurídica do autorizante, em virtude da manifestação de vontade feita ou recebida em nome próprio no que se dif erença da outra autorização, que é a outorga de *poder,* espécie de autorização em sentido lato.) A assinação não é contrato. Nem funda qualquer relação jurídica obrigacional. Não é, de modo nenhum, "ordem" ou "comando", como pensava O. WENDT *(Das Aligemeine Miweisungsrecht,* 25 s.); nem mandato, nem, tão-pouco, duplo mandamento; nem outorga de poder. Apenas se dá, com ela, a alguém, a oportunidade para criar direito. Nisso, parece-se ela com a outorga de poder, sem se identificar com essa: dupla outorga de poder, *doppelte Vollmacht,* queria-a C. WIELAND (Die Ermãchtigung zum Leistungsempfang, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 95, 165 s.) ; outorga de poder de encaixe, entendia O. LENEL (Stellvertretung und Vollmacht, *Jiierings Jahrbiicher,* 36, 117 s.), e F. LENT *(Die Anweisung ais Volbinacht,* 30 s.). Não há, nela, qualquer representação:

há autorização, e foi bem que o Código suíço das Obrigações, art. 466, corrigisse o art. 406 do texto anterior, pondo "autorizado" (ermãchtigt) onde se dizia "mandado" (beauftragt). Pode dar-se que, como negócio jurídico subjacente à assinação, haja mandato, mas nem isso ocorre sempre, nem bastaria para se considerar mandato a

assinação. Quanto ao receptor, quase nunca se pode ver no negócio jurídico subjacente mandato: de ordinário, êle recebe e paga-se, ou recebe como doação, ou mútuo, ou por outra causa. A *carta de crédito* é a assinação em que se fixa importância máxima, em vez de se fixar certa importância a ser recebida de uma vez. A *acredita ção* é espécie de assinação em que o assinado há de pagar ao vendedor o que o comprador deve e o vendedor é autorizado a receber, dependendo de confirmação do assinado a sua obrigação de prestar, confirmação que pode conter comunicação de se ter tornado irrevogável a abertura de crédito, acarretando promessa abstrata de dívida por parte do assinado. Não se há de pensar, tratando-se de *negócio juridico acreditício,* em contrato a favor de terceiro: o terceiro estaria exposto às objeções e exceções resultantes do contrato.

A assinação não é outorga de poder, tal como queriam O. LENEL e F. LENT, porque o assinado não incorre em mora pela apresentação do assinatário, o assinado não pode exigir do receptor a quitação de que falam os ads.

939-941 (A. voN TUHL1, Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings ‚Jahrbilcher,* 48, 9 s.), nem compensar com o receptor.

Oque faz a assinação é a dupla autorização ao assinado e ao receptor ou assinatário. A abstração é evidente, tanto no que concerne à declaração de vontade unilateral ao assinado quer no que se refere, com a entrega do documento, se é o caso, à declaração de vontade ao assinatário. O assinado presta porque foi autorizado a isso, sem ter de trazer à tona qualquer causa que possa existir.

A assinação pode ser *para pagar* ou *para ficar a dever.* A declaração de assinação é revogável; com a revogação, a autorização cessa. Não importa se o assinante deve ao autorizado a receber, ou se se obrigou a não revogar. Se oassinante com a revogação pode ser responsabilizado pelo autorizado a receber, não importa: nada teria isso com a revogabilidade da assinação (F. KLAU5ING, *Wechsel- und Sheckrecht,* 72). No cheque, dá-se o contrário: o sacado não pode revogar.

O recebedor da assinação, o assinatário, fica, por ela, autorizado a cobrar, por conta do assinante. Não há prazo, fixado em lei, para que o assinatário apresente ao assinado o instrumento da assinação, para que seja aceita ou paga. Todavia, corre-lhe a vinculação a apresentar a assinação dentro do tempo mais breve possível. Se o assinado se nega a aceitar, ou se nega a prestar, tem o assinatário dever e obrigação de comunicar o ocorrido, dentro do menor tempo possível, ao assinante.

Tem o mesmo dever e a mesma obrigação se não quer, ou não pode apresentá-la. Todavia, se o assinado manifestou, antes do vencimento, que não pagaria, tem-se de distinguir se o disse quanto ao presente e à época do vencimento, ou se somente ao ser-lhe, antes do vencimento, comunicada a existência da assinação, pois o dever e a obrigação do assinatário, quanto à comunicação ao assinante, só existem na primeira espécie. Porque o assinado paga por conta do assinante, o pagamento há de influir na relação jurídica causal entre o assinante e o assinado, de modo que êsse, se oneroso o negócio jurídico entre êles, deve lançar o que paga.

Tanto a assinação quanto a recepção são declarações de vontade abstratas. Aquela unilateral, quanto à direção ao assinado; quanto ao receptor, também, porque se existe qualquer outra relação jurídica entre o assinante e êle é subjacente e dela é que deriva o ter-se de entregar o documento de assinação ou fazer-se chegar ao assinado a declaração (sem razão:

KONRAD COSACK, *Lehrbuch,* ~, 6.~ ed., 617, 73, 660; G. PIJANCK, *Kommentar,* fl, 43 ed., 867; contra: F.

LENT, *Anweisung ais Vollmacht,* 129; L. ENNECCERU5, *Lehrbuch,* 1, 2, 579, nota 1, e 353 ed., *§* 201, nota 1; P.

OERTMÂNN, *Das Recht der Schuhl. verMltnisse,* 978). A entrega do documento é tradição; não é contrato, nem faz contratual a autorização ao assinatário.

As duas autorizações saem em ângulo (do assinante ao assinado, do assinante ao receptor) ; mas em todo, e tal *unitariedade* é que faz o instituto. Se há autorização a alguém, para que pague, e não na há a alguém que seja receptor, não se pode pensar em assinação: faltou elemento do negócio jurídico da assinação; há, apenas, *autorização de pagamento.* Idem, se há autorização de receber e não há autorização de pagar, espécie em que o autorizante provàvelmente simulou ter concluído assinação.

O cheque não é *assinação.* Não pode ser definido, como fêz FRANCHI *(L"Assegno bancario,* n. 1), como o escrito de natureza cambiária com o qual alguém (assinante), que tem soma disponível com outrem (assinado), ordena que lhe pague, ou a terceiro, parte ou a totalidade da soma. A expressão italiana "assegno" concorreu para que a noção de assinação apareça a cada momento, perturbando a pesquisa científica *(e. g.,* PAOLO GRECO, NÃvÀRUNI-PLiOvINCIÂLI). A referência a mandato é de repelir-se *(e. g.,* LORENZO MOSSA).

O que o subscritor promete é a entrega de quantia certa. Não há mandato, nem assinação, nem ordem: o que o subscritor promete é quantia que êle diz ter em depósito. O titulo é cambiariforme. Saca-se contra o banco, onde se afirma, implicitamente, que está a quantia, a *provisão.* A relação jurídica entre o subscritor e o banco ou estabelecimento autorizado a tais operações é extracambiariforme, é relação jurídica oriunda de negocio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente (a provisão foi feita após a subscrição e antes da apresentação). O banco não é devedor cambiariforme.

Quanto à forma da assinação, no direito brasileiro, têm de ser observado o Código Civil, arts. 185 e 141. Isso quer dizer que, nos limites que resultam de tais regras jurídicas, a assinação oral pode ser promessa abstrata de dívida e as regras sôbre eficácia da transmissão da assinação incidem. No direito brasileiro, não há distinguirem-se das assinações que se refiram a coisas fungíveis as assinações relativas a coisas não-fungíveis, bem que se haja de atender aos ads. 133 e 134.

A assinação pode ser por escrito, ou oral (inclusive telefonica). Mas a assinação oral dificilmente se poderia conceber como abstrata.

Quanto ao cheque, é titulo *formal.* Nêle há a declaração unilateral de vontade do subscritor e as declarações unilaterais de vontade, eventuais, dos endossantes e dos avalistas. Tôdas são formais.

4. DIREITO À PROVISÃO . Discute-se a quem pertence o dinheiro constante do valor do cheque, até que haja o embôlso pelo portador se ao passador ou se ao podador. A doutrina francesa desde cedo assentou que ao podador (L.NOUGUIER, *Des Chêques,* 67 e 77 s.; D. TOUZÂUD, *Des Éffets de commerce,* 189). Contra isso insurgiram-se alguns autores, porque o portador só tem direito regressivo contra o passador, e não tem ação contra o banco, ou comerciante, contra quem se passou o cheque. A Câmara Comercial do Distrito Federal, a 16

de setembro de 1892 *(O D.,* 66, 52), codava pela raiz a questão: a propriedade do dinheiro é do sacado. No direito francês, a legislação acabou por assentar o que a jurisprudência entendia quanto à propriedade da provisão. A Lei francesa de 12 de agôsto de 1926 juntou à lei de 1865 o art. 15, segundo o qual se estendeu ao cheque a regra jurídica do ad. 116, alínea 2, do Código Comercial francês:

“A propriedade da provisão é transmitida de direito aos portadores sucessivos da letra de câmbio”. Daí não se tire que o portador seja,

*desde já,* dono da quantia: apenas se estabelece que o *direito* do podador à soma nasceu e há efeito semelhante ao da penhora, desde que se leva ao conhecimento do sacado a existência do cheque <Paris, 26

de janeiro de 1925). Posteriormente, o Decreto-lei francês de 30 de outubro de 1985, ad. 17, disse que

"l"endossement transmet... notamment la propriété de la provision", o que equivale a dizer que o portador a tinha, pois que a transmite.

O art. 8.0 não disse que o podador adquire, desde a data do cheque, o dinheiro; não disse, tão-pouco, que adquire direito de crédito. 2. Que adquire, então, o beneficiário? Adquire o mesmo direito que tinha o passador do cheque.

O criador do cheque tem direito à prestação da quantia, dentro da provisão. Se a provisão é insuficiente e o portador recusa a prestação parcial, ao portador passa o risco de outro podador absorvê-la. O passador do cheque há de contar com tôda a diligência do portador para receber o cheque, dentro do prazo de apresentação. Se não no fêz, a Lei n. 2.591 transfere os riscos ao portador (art. 59) : "O portador que não apresentar o cheque nos prazos indicados no artigo antecedente, ou deixar de o protestar por falta de pagamento, perde a ação regressiva contra os endossantes e avalistas. Perderá também contra o emitente, se êste tiver, ao tempo, suficiente provisão de fundos e esta deixar de existir, sem fato que lhe seja imputável".

5.APRESENTAÇÃO E DIREITO À PROVISÃO . Questão que merece ser examinada é a da adstrição da existência da provisão à data de criação do cheque. *a* Está obrigado a satisfazer o saque chéquico o banco ou comerciante se, ao tempo da apresentação do cheque, existia a provisão suficiente, mas, ao tempo da criação do cheque, não existia? A data da emissão não

consta do cheque. O que consta do cheque é a data da criação. Quem cria o cheque tem em seu poder, com o número da sua conta, o livro de cheques, a carteira de cheques, o talão de cheques. Se cria o cheque e vai êle às mãos de alguém, que o apresenta, o que o impoda ao sacado, se há provisão que baste para a satisfação, é verificar-lhe a autenticidade. A data da criação só lhe interessa para saber se a apresentação não foi *antes* da data que se apôs no cheque. Fora daí, a data é relevante para se apurar a qual dos cheques se há de atender se dois ou mais são apresentados *no mesmo momento.* O ad. 8.0, alínea

g□a, da Lei n. 2.591 é expressivo: Apresentando-se, ao tempo, dois ou mais cheques em soma superior aos fundos disponíveis, serão preferidos os mais antigos. Se tiverem a mesma data, serão preferidos os de número infenor". Poder-se-ia argumentar que, se os mais antigos correspondem a datas em que a provisão era menor, ou não existia, se estaria a preferir o ato irregular, se não criminoso, ao ato regular. Essa investigação que pode interessar à justiça não há de prejudicar os portadores de boa fé: ao fazer o depósito da quantia, ou ao completar a provisão, o subscritor do cheque atendeu, necessàriamente, ao cheque ou aos cheques mais antigos.

6. PAGAMENTOS EM CHEQUES. A principal função do cheque é a de realizar pagamentos, sem que se precise de ir buscar dinheiro ao banco, ou de se ter consigo aquilo que se paga. Quem não ofertou nem aceitou oferta em que se dissesse ser em cheque o pagamento, ou quem não pactou, depois, recebê-lo em cheque, não é obrigado a receber em cheque, ainda visado, o pagamento. De qualquer modo, à base do pagamento em cheque há de estar acôrdo sôbre êsse ponto, ou acôrdo sôbre a alternatividade (dinheiro, ou cheque). Isso importa dizer-se que o cheque faz as vêzes do dinheiro, porém não é dinheiro, não tem *curso forçado.* As circunstâncias podem estabelecer que o pagamento em cheque seja de aceitar-se *(=* não se possa recusar): o crédito de um banco contra outro pode ser satisfeito por cheque, se há conta corrente do banco credor no banco devedor, ou vice-versa. A questão mais delicada é a de se saber se, tendo recebido cheque, pode o credor, depois, mandar de volta o cheque e exigir pagamento em espécie.

A resposta *a priori* seria fora do sistema jurídico: se o cheque foi entregue, não ao credor mesmo, porém ao encarregado de receber a quantia, tem-se de entender que êsse intermediário não tinha podêres para aceitar a substitifíção do dinheiro por cheque e, se o recebeu, foi dependente de ratificação pelo credor; em se tratando de contratos reais, em que a entrega seja de dinheiro, o cheque não o substitui o contrato só se perfaz com o recebimento do montante do cheque *<e. g.,* mútuo, prestado o quanto em cheque). Nas hastas públicas e leil5es, a versão há de ser em dinheiro, e não em cheque.

Nem sempre, quando se paga com cheque, se paga com cheque que se criou. Pode-se pagar, endossando-se cheque de outrem, em prêto, ou em branco, ou pela tradição de cheque ao portador. Há, ainda, a cessão e o endôsso posterior ao prazo de apresentação.

O credor que admitiu receber em cheque não se entende ter anuído em receber cheque cruzado, ou marcado. O

cruzamento retarda, de algum modo, o recebimento; de modo que não se considera admitida essa restrição. Nem o credor que aceitou pagar-se em cheque é adstrito a receber cheque de valor acima da dívida, para dar ao devedor, em dinheiro, o excedente.

Só se entende feito o pagamento com cheque quando se entregou cheque nominativo à ordem ou ao portador, ou quando se endossou e entregou o cheque à ordem, ou quando se entregou o cheque ao portador.

Poder haver pacto de só se receber cheque visado.

Nas cláusulas dos contratos é sempre possível aludir-se ao modo de pagamento, inclusive exigindo-se que seja em cheque visado. Se se falou de recebimento em cheque sem se dizer contra qual banco, ou se visado, o que se há de entender é que se admitiu que o contraente prestasse em cheque, assinado por êle, sem qualquer outra exigência.

7.CONSEQÜÊNCIAS DO PAGAMENTO *EM* CHEQUE. Tem-se de indagar, primeiro, se *(a)* o pagamento em cheque é cláusula do negócio jurídico, de que se irradiou a dívida, que se solve; ou se *(bY* d pagamento em cheque foi em virtude de acôrdo à parte, simultâneo ou posterior. Se foi anterior, pode ter sido implicitamente inserto no negócio jurídico, ou não. Se foi inserto, tem-se espécie de (a) ; se não, há espécie de (b). Não se pode, *a priori,* dizer que pagamento em cheque é dação em pagamento, ou pagamento; bem que, de regra, seja pagamento, uma vez que se trata de cheque passado pelo devedor ao credor. Se o cheque é alheio e endossado ao credor, não se há de presumir, *a priori,* dação em pagamento, nem pagamento: tem-se de descer à interpretação do negócio jurídico.

Se a dívida produzia juros, desde o momento da entrega do cheque não mais os produz. Se se tem de apurar, quanto ao alcance da falência, ou na ação de revogação dos atos do falido, anteriores à decretação de abertura da falência, ou na liquidação de bancos, se o pagamento foi, ou não, no período alcançado, leva-se em conta o dia em que se entregou o cheque, e não o em que se recebeu a quantia.

O que pagou, com cheque, dívida de jôgo, não pode dar contra-ordem, alegando a causa, nem repetir o que haja recebido o tomador, ou endossatário, ou adquirido com o cheque o podador. Ao Supremo Tribunal Federal foi parar recurso extraordinário em que se argúia a

impossibilidade da contra-

-ordem, em se tratando de causa ilícita, e não se conheceu do recurso extraordinário (8 de setembro de 1947, O. *da J.* de 6 de maio de 1949), por influência de 3. X. CARVALHO DE MENDaNÇA. Seria tornar causal título abstrato, como é o cheque, razão bastante para se conhecer do recurso extraordinário e se firmar a regra jurídica de não se poder contra-ordenar, com tal fundamento. Teremos ensejo de notar à questão da juridi cidade da contra-ordem fora dessas espécies.

## REGIME JURIDICO DO CHEQUE

### *§* 4.098. Cheque e declarações unilaterais de vontade

#### 1.ATO UNITÁRIO DO CHEQUE E DECLARAÇOES SINGULARES.

O que dissemos sôbre a letra de câmbio é de aproveitar-se quanto ao cheque, no que nêle há de saque; o que dissemos sôbre a nota promissória, no que há de vinculação do subscritor. Também aqui só é cambiariforme o que consta do titulo, o que nêle está, ainda que potencialmente. O estilo há de ser sintético, claro, preciso. A lei facilita-o, incentivando a laconicidade, pela permissão de obrigações chéquicas nascidas do simples lançamento das firmas. Por outro lado, o cancelamento de certas firmas apaga, por lei, as vinculações respectivas. O criador do título é vinculado principal, como na nota promissória, bem que, como na letra de câmbio, haja sacado.

Chama-se -vinculação do passador do cheque vinculação *originária.* Tôdas as mais são *sucessivas* e *eventuais,* porque são acidentes da vida do cheque. Se alguém passa cheque, e o podador, ainda que o próprio passador, o recebe, termina, sem qualquer acidente, a vida do cheque. Se não é tão simples a *história* do cheque, por advirem outras declarações unilaterais de vontade, cada vinculação é tratada segundo o *princípio da autonomia das vincula çoes cambiariformes,* o que aconselha e, de cedo modo, impõe ao jurista e ao homem de negócios método nitidamente analítico de exame dos institutos singulares. A abstração, que teremos de estudar mais adiante, pôsto que surja desde logo, é abstração de direito material, e não de direito formal, razão por que, ainda que o portador proponha ação de outro rito que o rito da ação executiva, nem por isso se podem trazer outras objeções e outras exceções que aquelas que o direito sôbre cheque admite.

O ato unitário do cheque resulta do nome, que se dá à declaração originária, com todos os outros dizeres indispensáveis a se considerar cheque a declaração de vontade, de que exsurge o ato unitário do cheque. Porém daí não se tire que o cheque não tenha vida independente da falsidade da assinatura aposta. Não só é possível endossar-se cheque, ou avalizar-se cheque, cujo passador ainda não assinou, como também é possível que o cheque vá parar às mãos de possuidor de boa fé, a despeito da falsidade da assinatura, ou da falta de poder de disposição por pade do que assinou em nome de outrem. Os princípios que estudamos a propósito da letra de câmbio e da nota promissória são, aqui, de invocar-se, comc foram a respeito da duplicata mercantil.

2.RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE, SIMULTÂNEA OU SOBREJACENTE. A relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente, ainda que se trate de relação jurídica pertinente a outro cheque, é estranha à relação jurídica do cheque. Também aqui qualquer alusão à relação jurídica fundamental é reminiscência de teorias que, a respeito dos títulos cambiários, confundiam a vinculação cambiária e a vimculação ou as vinculações oriundas do negócio jurídico subi acente, justa- ou sobrejacente. A relação jurídica subjacente, justa-ou sobrejacente pode ser antecedente, simultânea ou sucessiva à declaração do passador do cheque, que é originária, ou a alguma ou algumas das declarações chéquicas sucessivas. Cada. vinculação, que se irradia de declaração unilateral inserta no cheque, pode subestar ou sobreestar à relação diversa, causal,. ou também ela abstrata, *e. g.,* A paga o cheque com outro cheque, ou paga com cheque letra de câmbio, nota promissória, ou duplicata mercantil. Também pode ocorrer que não exista qualquer relação subjacente, justa- ou sobrejacente.

Exista ou não, o cheque nada tem com a relação jurídica que subjaz, justajaz ou sobrejaz. Por isso que é sem causa, presta-se o cheque a ser prestação em outra relação jurídica, sem fazer *sua* a causa. A relação jurídica entre o passador do cheque e o banco é fundada no que porventura se passou entre os dois, mas o cheque é independente do negócio jurídico subjacente, justa- ou sobrejacente entre êles. A revogação do saque só tem efeitos fora do direito relativo ao cheque; e o passador do cheque é sempre responsável, mesmo perante o banco, pela revogação que não podia fazer, ou que, não expressamente permitida, as circunstâncias tornaram perigosa ou causadora de danos.

Nunca se deve falar de novação, tratando-se de cheque; porque seria emprestar-lhe causa.

Entre passar-se o cheque e o ter-se figurado em negócio jurídico, em que o cheque seja prestação, a relação é de ordem temporal, e embora o cheque seja prestação em negócio jurídico subjacente, justa- ou sobrejacente, de modo nenhum se prende ao negócio jurídico. Todavia, a respeito do cheque, é preciso estudar-se qual o momento em que se caracteriza a abstração,

8.PROPRIEDADE, POSSE E TENÇA. A cártula do cheque é suscetível de propriedade, de posse e de simples tença. Mas aí só se trata da coisa móvel, e não do direito que nela se exprime. Quanto ao direito que se exprime no papel do cheque, como efeito da declaração unilateral de vontade, ou das declarações unilaterais de vontade, nêle insertas, quem tem a posse do cheque pode não no ter. Talvez mesmo aquêle que, além da posse, tenha a propriedade, hipótese que estudamos a propósito da letra de câmbio, mas é sem interêsse prático.

*4.* FIGURAS SUBJETIVAS. No cheque, o subscritor é chamado passador do cheque. O passador indica o banco ou negociante, contra o qual se cria o cheque. Por aproximação, chama-se sacado do cheque. Cumpre não confundirem-se saque e cheque, porque o saque pode existir, sem existir cheque, ou, até, sem existir provisão. Na letra de câmbio, o saque cambiário não é mais do que indicação formal, que serve a promessa indireta do sacador.

No cheque, quem saca afirma, implicitamente, que tem provisão. As vinculações chéquicas correspondem, sempre, a institutos chéquicos distintos, que são de três grupos: o concernente à criação do cheque, que é o ato jurídico do passador do cheque; os concernentes à vida exterior do cheque, e não dizemos à circulação, porque o aval, dado ao passador do cheque, ainda não está, necessàriamente, no período da circulação, nem se supõe ter sido dado com êsse intuito; e os concernentes à satisfação do direito do portador à provisão.

No cheque, como na nota promissória, não há aceitante. À nota promissória é estranha qualquer alusão a saque.

Se B enche a nota promissória, com que pagou a C, e a avaliza ou endossa a C, levando-a C a A, que a subscreve, houve saque, mas incluído no negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre B e A, não no negócio jurídico cambiário da nota promissória. No cheque há o saque, sem o aceite. Retira-se o que se tem com o banco, ou com outro estabelecimento autorizado; não se faz promessa

da promessa de outrem. No cheque, supõe-se outro negócio jurídico entre o passador e o banco ou outro estabelecimento autorizado, pois que se supóe a provisão, mas o cheque é abstrato.

No momento em que se cria o cheque, ao elemento real alia-se o elemento obrigacional. Todo cheque supóe declaração originária, sujeita a princípios de capacidade e de vontade suficiente, bem como outros requisitos de validade intrínseca. A vontade só se exprime dentro de moldes extrínsecos, moldes que prefiguram vontade suficiente para o cheque incompleto, porém não ineficaz, e vontade suficiente para o cheque completo. À

diferença das outras declarações, a declaração do passador cria o cheque, além de criar, como as outras, a vinculação cambiária do declarante. Tôdas criam vinculações, mas só a declaração do passador cria o cheque.

Materialmente, o ato criativo do cheque pode não ser de uma vez, bem que, intelectualmente, se suponha querido todo o conteúdo da declaração, ainda que os requisites tenham sido satisfeitos em momentos diferentes. O

contexto completo, a regularidade extrínseca, não precisa surgir de um jacto. O direito sôbre cheque satisfaz-se com uma assinatura, que é a do passador do cheque, e o que possa significar o mínimo admissível de vontade. O

que se exige é, por conseguinte, a satisfação potencial dos requisitos chamados essenciais. Criado o cheque, ainda que a assinatura do sacador seja falsa, ou, por outra razão não aparente, ineficaz, está apta a receber as declarações sucessivas. Tal sucessividade é sucessividade lógica e jurídica, e não, rigorosamente, sucessividade temporal ou material: nada obsta a que os avales e os endossos sejam apostos antes da criação do cheque. Os dois sujeitos, cujos nomes hão de achar-se no cheque, o passador e o banco, ou negociante, contra quem se cria o cheque, podem achar-se na mesma pessoa, porém, na sistemática do direito sôbre cheque, os dois são juridicamente distintos como figuras definidoras do titulo. Porém do cheque há de constar a cláusula alusiva à lei de circulação: ou o cheque é ao portador, ou é à ordem. Se nada se diz, o cheque circula ao portador, fâcticamente.

Nasce a pretensão do portador do cheque, inclusive do tomador, no momento em que se estabelece a posse de boa fé. Antes do contacto com o *alter* o cheque ainda não vincula. Porém basta o contacto com o *alter* para que o direito dêsse possa surgir.

Quem assina o cheque vincula-se. Se o cheque peça com os dizeres comuns impressos foi assinado, sem se dizer a quantia e sem se apor a data, vinculado está o passador do cheque. Se alguém o fuda ou o acha e vai êle parar às mãos de possuIdor de boa fé, o direito e a pretensão do possuIdor nascem. Se após a data e ainda não escreveu por extenso a quantia, há vinculação, como haveria se se não tivesse apôsto a data e houvesse lançado por extenso a quantia, ou nem data nem quantia estivessem na cártula. ~ o *cheque em branco.* Tem de ser completado, para que se apresente.

As figuras subjetivas do endossante, do avalista, do interveniente, e, em conseqUência, do endossatário e do avalizado, são acidentais. Todos êsses atos são sujeitos a regras jurídicas rígidas, bem assim o protesto e todos os outros atos que podem ocorrer na vida do cheque. O endósso é ato jurídico abstrato, com tôdas as conseqUências quanto à vinculação assumida e ao próprio ato propulsor da circulação do titulo. O endossante como que faz sua a declaração de disposição, que fizera o pas sador do cheque. Aqui, como ali, tal declaração é *ao público,* embora, instrumentalmente, ao endossatário. Também êle afirma que há provisão. Somente por aproximação se pode chamar garante ao endossante do cheque. O endossante dispõe para o público, com a particularidade de indicar, dentre o público, a pessoa (endossatário), que é o primeiro elo de cadeia eventual. A diferença maior entre o passador do cheque e o endossante está em ser aquêle o criador do cheque: no momento em que entrega o cheque ao tomador, cujo nome figura no titulo, o seu ato é como o do endossante em prêto; no momento em que entrega o cheque a alguém, cujo nome não está no título, por ser ao portador, ou em branco quanto ao nome do tomador, o seu ato é como o do endossante ao portador, ou do endossante em branco.

O *aval* é declaração sucessiva, e pode ser dado ao passador, ou ao endossante, ou a qualquer dos avalistas do passa-dor ou do endossante. Avalista não é garante, nem fiador do avalizado: é pessoa que veio ao titulo para ato igual àquele da pessoa a que se refere o aval. Dá-se, precisamente, a comunhão de sorte.

O fato de não poder o sacado opor ao portador defesas que teria contra o tomador ou possuidores intercalares de todo assimila o cheque aos outros títulos cambiários e cambiariformes: por outro lado, deriva de ter circulação cambiariforme.

A discussão sôbre ser o cheque instrumento de pagamento (assim, RODRIGO OTAVIO, *Do Cheque, 44),* ou titulo de crédito (J. X.

CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado,* V, 23 parte, 457; OTÁvIO MENflES, *Dos Titulos de crédito, 3),* é superada pela afirmação de ter o portador *direito à provisão* desde o dia da criação e de os que discutem terem de descer, a cada momento, a considerações sôbre o negócio jurídico subjacente, ou sôbre o negócio jurídico simultâneo, ou mesmo sobrejacente, entre o passador do cheque e o tomador. O cheque, quer se pague com êle, quer, com êle, se dê em soluto, ou se extinga, por outro modo, alguma dívida, é *mais* do que crédito e *menos* do que direito real sôbre a provisão. Disse bem o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de maio de 1947 *(1?. dos 2*".*,* 168, 597) : "Cheque, por si só, não prova o mútuo, porque não é prôpriamente título de crédito, sim ordem de pagamento, a representar titulo de exação, destinado aos pagamentos e liquidações".

A suposição de que há sempre pagamento condicional quando se paga com cheque tem o mesmo defeito que a de se reduzir todo o pagamento cem cheque a pagamento a têrmo. Não há nenhuma *condição* no cheque. Quem aceitou cheque em pagamento aceitou cheque, e não pagamento sob condição. Se assim não se entendesse, far-se-ia dependente de ato futuro,

que é o pagamento pelo sacado, a conclusão dos negócios jurídicos de prestação e contraprestação <em cheque) simultáneas, e dependente do bom êxito de questões futuras a quitação dos credores. Por outro lado, se A pagou a letra de câmbio ou a nota promissória a B, com cheque, e o cheque não é pago, acomo volver-se ao momento *anterior* ao pagamento? A letra de câmbio ou a nota promissória perderiam a ação executiva, porque não mais se poderia tirar protesto.

O cheque pode ser endossado ou ter assinatura de avalista antes mesmo de ser □assinado pelo passador. Ê cheque em branco. Tem de ser completado. O passador somente se vincula no momento em que o assina.

Se, em vez disso, o assina sem o emitir, vinculado está pela assinatura. Enquanto com êle permanece o cheque, nenhuma pretensão há contra êle, mas pode exsurgir quando fôr às mãos de algum possuidor de boa fé.

## *§* 4.099. Cheque e tutela juridica

### 1.MEDIDAS CONSTRITIVAS CONTRA O PORTADOR DO CHEQUE.

O portador do cheque está exposto às medidas constritivas, que

partam dos seus credores: o cheque é seu, o direito à provisão também o é. Somente a decisão de amodização, trânsita em julgado, pode obstar à medida constritiva, seja assecuratória seja executiva.

2.INTERPRETAÇÃO DA LEI SÔBRE CHEQUE. A lei sôbre cheque tem de ser interpretada, em primeiro lugar, com os princípios fundamentais concernentes ao cheque; depois, com os princípios fundamentais concernentes ao direito cambiário e ao cambiariforme. Finalmente, com os princípios fundamentais do direito comercial e com os princípios fundamentais a respeito dos negócios jurídicos abstratos.

A Lei n. 2.591, art. 15, estatuiu a incidência das regras jurídicas da Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, quanto ao cheque. O direito civil e comercial sôbre títulos ao portador (Código Civil, art. 521) não regula a reivindicação dos cheques; regula-a a Lei n. 2.044, completando o art. 3~O, 1.U alínea, 2.~ parte, da Lei n. 2.591:

"O cheque ao podador transfere-se por simples tradição e é pagável a quem o apresentar" (cf. nosso *Dos Titulos ao portador,* II, 2? ed., 223-227; *Tratado,* Tomo XXXII, *§§* 3.726, 1, 8.727, 1, 8.730, 3.782, 4). A multiplicação (feitura de duplicatas) pode dar-se (II, 88).

3. TÉCNICA DA LEGISLAÇÃO. A legislação sôbre cheque pode ser interestatal, ou intraestatal. No Brasil, a legislação é intraestatal.

A evolução histórica do cheque traça a ascensão mesma da técnica jurídica. Ponhamos de lado o que não chegou a ser, verdadeiramente, cheque: os títulos empregados pelos Gregos e pelos Romanos. Então, havia mais delegação do que o saque chéquico. As *polizze* dos bancos napolitanos eram datadas e subscritas pelo passador, pagáveis à vista e endossáveis;foram preformas, porém não foi de tal instituto que proveio odo cheque contemporâneo. As *polizze notata lede* tinham a afirmação, pelo banco, de haver a provisão, porém mais se assemelhavam a bilhetes de banco do que a cheques.

O *visto* do banco tem hoje menor intensidade. O cheque visado continua cheque e não se eleva à categoria de bilhete de banco.

Também em Bolonha houve *polizze bancarie* à ordem e ao podador, porém eram criadas pelos bancos e não por outrem.

Tão-pouco podemos levar em consideração, na evolução histórica do

cheque, as *cedule di cartulario* usadas em Milão, no século XVI, que eram ordens de pagamento sem perfazerem a figura jurídica do cheque.

Diga-se o mesmo das *Kassiersbreifje* holandesas do século XVI, dos *contadi di banco* de Veneza e dos *biglietti di cartolario* genoveses. Não se pode deixar de ligar o cheque aos mandatos de pagamento, *billae de seaccario, bills of exche quer,* que remontam a ordens de pagamento, dadas pelos soberanos inglêses, no fim do século XIV. Mas, ainda aí, não há linha reta de evolução técnica.

Os talões ou livrinhos de cheques, dados pelos banqueiros, procedem da segunda metade do século XVIII, na Inglaterra.

No sécuo XIX edicta-se o *Bule of Exchange Act* (1882), que consolida de certo modo o direito existente. fl digno de nota, pelo que também se deu, no Brasil, com a duplicata mercantil, que as regras jurídicas tinham caráter mais fiscal do que de direito privado.

Na Alemanha, também houve, nos séculos XVI e XVIII, aliás no próprio século XIV, ordens de pagamento, dadas pelos príncipes, à semelhança das ordens de pagamento inglêsas, sem que se possam considerar degrau na evolução técnica do cheque.

A Lei uniforme concernente ao cheque foi objeto das Convenções de Genebra, assinadas a 19 de março de 1981

(Anexo 1, sôbre o cheque; Anexo II, sôbre conflitos de leis que os cheques podem suscitar; Anexo III, sobre o sêlo dos cheques).

## Parte 1!. Assunção das ohrigaçôes no cheque

### CAPACIDADE

#### *§* 4.100. Capacidade ativa

1.CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO. Quanto à capacidade ativa de direito, tôdas as pessoas, físicas e jurídicas, a têm: é a capacidade de ser titular de direito, pretensões, ações e exceções, que se irradiam das declarações de vontade insertas no cheque. Quanto à chamada capacidade passiva de direito, isto é, a

“capacidade” para ser sacado em cheque, somente a têm os bancos, casas bancárias e negociantes, que, segundo a lei, podem fazer destinação de provisão para atender a saques em cheques. Quanto à capacidade negocial í, que é a de poder, por si, fazer declarações em cheque, o direito sôbre cheque remete ao direito comum. Tal capacidade passiva é, no direito brasileiro, no direito uniforme e nos diferentes sistemas estatais, de regra, a mesma capacidade de direito comum. A capacidade negocial para aquisição de direitos é a de direito comum.

No direito brasileiro, para se saber quem é que pode vincular-se em cheque, há de ser consultado o direito comum (direito civil e direito comercial). Todavia, a capacidade para adquirir o cheque não pode ficar adstrita a princípios que concernem a negócios jurídicos bilaterais. Se alguém, indo ao hospital de alienados, verifica não ter dinheiro suficiente na carteira e enche cheque, entregando-o ao louco, na administração do hospital, ou a qualquer empregado, ou estranho, que seja o servidor da posse, o cheque passa a ser pertencente ao hospital. „O

ato aquisitivo é simples ato-fato jurídico, de modo que o louco, que recebe o cheque, o adquire, como o adquire o louco cujo nome se inseriu no cheque como tomador, ou como endossatário (J. EREIT, *Scheckrecht,* 1, 168).

Temos de tratar, daqui em diante, da capacidade negocial para assumir a posição de passador do cheque, de endossante, de avalista, ou de interveniente.

2.ABSOLUTAMENTE INCAPAZES E CHEQUE. Os loucos, os menores de dezesseis anos e os surdos-mudos, absolutamente incapazes, não podem *vincular-se,* negocialmente, em cheques. Uma vez que os criaram, a aposição da firma de outrem entra no mundo jurídico, e vale. Daí valerem, por exemplo, o endôsso e o aval no cheque que o menor de dezesseis anos encheu. Os portadores de boa fé são protegidos, salvo no regresso contra o absolutamente incapaz. O ausente, que o foi declarado em sentença, se, aparecendo, enche cheque, cria ao sacado o dever de não o pagar sem pedir informação e explicações ao juiz. Identificado o passador do cheque, o juiz tem de levantar a declaração de ausência. Seja como fôr, vinculou-se ao portador de boa fé, ainda em direito sôbre o cheque.

Quem, representante do absolutamente incapaz, não tem podêres para

criar cheques, responde como passador do cheque, se o cria, ou como endossante, se o endossou pelo incapaz, ou como avalista, se pelo incapaz avalizou (Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 46) ; bem assim, se se disse representante do incapaz, sem no ser.

O cheque é título formal e o que importa, no tocante aos possuIdores de boa fé, é a aparência.

3.MENORES, SILVÍCOLAS, PRÓDIGOS E CHEQUE. Os silvicolas (Código Civil, art. 69, IV) não podem criar cheques, salvo quanto às quantias de que possam dispor, segundo os regulamentos respectivos. Os pródigos (Código Civil, art. 6.0, III) precisam da assistência do curador para sacar em cheque; mas o cheque, uma vez criado, pode receber as declarações cambiariformes sucessivas e essas têm a sua sorte à parte. Os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos (art. 6.0, 1) podem fazer depósitos e movimentá-los, nas Caixas Econômicas, independentemente de assistência do titular do pátrio poder ou do tutor (Decreto n. 24.427, de 19 de junho de 1984, art. 58). Quanto aos cheques contra bancos, casas bancárias e comerciantes, se o maior de dezesseis anos e menor de vinte e um anos cria o cheque e o emite, cumpre advertir: a) que, se havia provisão, com autorização para criar cheques, o menor está ligado ao cheque (certo, LORENZO MOSSA, *Lo Check e l*"*Ãssegno circolare,* 147) ; b) que, se não havia provisão e o menor se disse capaz, se vincula, por fôrça do art. 155

do Código Civil. Se tal menor cria o cheque e o guarda, sobrevindo furto ou perda, há a tutela jurídica a favor dos possuidores de boa fé.

O Decreto n. 24.427, de 19 de junho de 1984, que acima foi citado, é o que deu nôvo regulamento às Caixas Econômicas Federais. No art. 58, explicitou-se: “A mulher casada sob qualquer regime e os menores de mais de dezesseis anos de idade poderão fazer e movimentar depósitos nas Caixas Econômicas independentemente de quaisquer autorizações”. A regra jurídica, em mero regulamento, de modo nenhum pode ser interpretada como se fôsse peculiar aos depósitos nas Caixas Econômicas Federais. Trata-se de explicitação do direito privado; aí, referente aos depósitos nas Caixas Econômicas Federais. Hoje, o que temos de assentar e sempre o sustentamos, mesmo antes do Decreto n. 24.427 é que a mulher casada pode depositar e passar cheques, bem assim os menores de vinte e um anos e maiores de dezesseis.

*4.* MULHER CASADA E CRIAÇÃO DE CHEQUE. (a) A mulher casada não pode contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal (Código Civil, art. 242, VIII). Sacar, por letra de câmbio, ou criar nota promissória, não lhe é, de regra, permitido, porque estaria a vincular-se, expondo os bens do casal (art. 242, VIII). Já vimos até onde vai tal limitação. Quanto ao depósito bancário, nada há que lho vede. Basta ler-se o art.

242 para se ver que é demasiada facilidade de certos juristas dizerem que a mulher não pode depositar dinheiro em banco, ou em casa bancária, ou em casa comercial. Por outro lado, se tem bens próprios, móveis, pode aliená-los, e nada obsta a que, com a garantia dêles, se lhe abra crédito. Foi a infeliz inclusão da mulher casada no art. 6.0, II, do Código Civil, matéria hoje corrigida, que fêz os inexpertos levarem além das espécies o art. 242. No direito brasileiro, *a* mulher casada não precisa de autorização do marido para que se lhe abra *conta corrente,* bancária ou não. Por outro lado, a criação de cheque é *ato de disposição :* pode dispor de dinheiro em cheque quem poderia dêle dispor em natura. É cedo que, passando o cheque, eventualmente se vincula pelo quanto sacado, se não fôr pago o cheque; porém, então, não podia dispor de provisão, que não havia.

Se a mulher exerce profissão lucrativa, dispõe livremente dos proventos (Código Civil, ad. 246); donde poder depositá-los e sacar sôbre os depósitos, inclusive por meio de cheques.

(b) Em tôrno do art. 247 do Código Civil, em que se presume autorizada pelo marido a mulher para a compr%

ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica (1), para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir (II) e para contrair as dívidas conceimentes à indústria, ou profissão que exerça, legalmente (III), procurou-se discutir a criação de cheques. Alguns pensaram em criabilidade legitima, dentro dêsses limites *(e. g.,* Trnns VELOSO, *Lei e Direito do Cheque,* 18) ; outros *( e. g.,* O.F. DA CUNHA PEIXOTO, *O Cheque,* 57) negam-na. Ambos os grupos deslocaram a questão. Quanto ao art.

247, 1, ninguém compra, a crédito, com cheque: quem compra com cheque, compra e paga à vista; se antes comprara e ficara a dever, nada tem com êsse negócio jurídico extracambiariforme o cheque, e a questão cai sob o que se disse em (a). Quanto ao ad. 247, II, com a criação de cheque não se obtém empréstimo, de jeito que se teria de saber se o empréstimo, com a consequente formação de provisão, foi legalmente feito, ou o cheque nada teria com isso e estaria sob o que

se disse em (a). Quanto ao ad. 247, III, o raciocínio é o mesmo. Não há, portanto, pensar-se em todo o ad. 247.

<c) Se a mulher casada tem conta em banco, ou em casa comercial, somente ela pode movimentá-la. Não se venha com a argumentação de ter o marido a administração dos bens. O marido tem a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial de bens, ou do pacto ante-nupcial (Código Civil, ad. 288, II). No regime da comunhão 1.

universal, a mulher tem a composse do dinheiro, e aquêle, que está com ela, para que dêle disponha, ou guarde, pode ser depositado por ela: sôbre êsse dinheiro pode sacar, inclusive por meio de cheque. No regime da comunhão parcial, dá-se o mesmo quanto aos bens comuns; quanto aos particulares da mulher, dêles pode dispor livremente, sendo móveis. No regime da separação, não há qualquer óbice à livre disposição dos móveis pela mulher. No tocante ao depósito bancário e a qualquer conta corrente, somente pode ser levantado aquêle e movimentada essa pelo próprio depositante ou a pessoa a favor de quem se fêz o depósito. O marido não pode sacar contra a conta corrente da mulher, nem a mulher sôbre a conta corrente do marido: são destinações especiais; tratando-se de provisão, para a qual há autorização para se criar cheque (implícita, expressa, ou tácita), há, a mais, a *antecipação,* que é fato personalizante da conta corrente. Sempre que a conta épara ser movimentada por marido e mulher, entende-se que tal dinheiro é levantável em cheque por um só, todo ou em parte. Se o dinheiro pertence só à mulher, ou só ao marido, ou aos dois, em comum, é questão estranha ao direito sôbre cheque.

O dinheiro depositado em nome da mulher, ou em conta comum, pode pertencer ao marido, e não a ela. Então, o que ela tem, quanto a êsse dinheiro, é o *poder de disposição,* sem ter a propriedade. Se foi depositado em nome dela, não pode o marido levantá-lo, mesmo pedindo livro de cheques. Teria êle de ir a juízo, com ação de reivindicação ou de posse, de cuja sentença resultaria eficácia suficiente para que o juiz mandasse que se restituisse ao marido. Vice-versa, se o dinheiro pertence à mulher e foi depositado pelo marido em nome do marido.

(d> Se a mulher, ou o marido, tem conta sôbre que pode sacar por cheque, nada obsta a que a mulher, ou o marido, insira o nome do outro cônjuge como tomador do cheque nominativo, ou do cheque à ordem, ou que Ibo transfira, pela tradição, se ao portador. A mulher pode sempre adquirir bens móveis e, até, imóveis; seria absurdo que

não pudesse adquirir cheques.

§ 4.101. CAPACIDADE PASSIVA

<e) Não somente no Brasil, também noutros Estados, alguns bancos se negam a admitir depósitos de mulheres casadas. O êrro é evidente, devido a conclusões, assaz espalhadas, de juristas superficiais. Por outro lado, recusam-no aos menores de vinte e um anos e maiores de dezesseis anos, o que não é de admitir-se, pois atos há que não precisam de assistência do pai, ou da mãe, titular do pátrio poder, ou do tutor: os atos em que o poder de disposição se supóe estabelecido; os atos em que tais incapazes se hão de ter como tàcitamente assistidos; atos fora, pelos usos e costumes, da necessidade dessa assistência. Tais como a compra da roupa, ou dos livros, ou dos objetos indispensáveis ao menor. Ninguém há de exigir que o menor, estudante, recebendo do pai, ou da mãe, ou do avô, ou do padrinho, ou de outrem, mesada, ou presente em dinheiro, não possa recebê-lo no banco; ou que possa recebê-lo, e não possa depositá-lo. Repare-se no absurdo: o banco, que pagou ao menor, não admite que êle deposite, isto é, não admite que êle diminua o risco do dinheiro. Mais: o banco pagou ao menor, admite que êle deposite; porém não admite que êle crie cheques sôbre êsse depósito. Tudo isso é de artificialidade irritante. Nem todos os atos jurídicos dos menores relativamente incapazes precisam de assistência do titular do pátrio poder, ou do tutor. Ninguém poderia sustentar que dependa da assistência do titular do pátrio poder, ou do tutor, a aceitação de doação, sem encargo, pelo menor. Nem que o menor nao possa alugar quarto, ou apartamento, ou pagar conta de hospital ou de médico, ou retirar as bagagens da alfândega, ou do navio, ou do avião. Há classe de atos jurídicos que até incapazes podem praticar; e maior ainda é a dos que podem praticar os menores relativamente incapazes. Quanto às mulheres casadas, a miopia dos juristas cresce de ponto: não há qualquer regra de lei que lhes proiba depositar e, pois, criar cheques sôbre êsses depósitos. Quanto aos menores, é preciso atender-se a que êles podem depositar o de que podem dispor e, obtendo autorização, criar cheque sôbre o que depositaram (no direito francês, J. VALÉRY, *Des Chêques en droit françaja,* 28; contra J. BOUTEEON, *Le CJIê que,* 175, e HAMEL, *Banques et operations de Banques,* 472). Devemos raciocinar partindo do princípio: *Quem tem poder de dispor pode depositar; quem pode depositar e obteve autorização para criar cheques, pode criá-los.*

*§* 4.101. Capacidade passiva

1.PRINCIPIO DA CAPACIDADE PASSIVA ESPECIAL. A capacidade de sacado para o cheque sómente a têm os banqueiros (bancos e casas bancárias) e os comerciantes, segundo a Lei n. 2.591. Não se falou de ser matriculado, ou não, o comerciante. Donde surgiu a questão da sorte do título se em mãos de possuidor de boa fé, que o adquiriu, na crença, errada-mente, de ser banqueiro, ou comerciante, o sacado: *a*> eficácia e, pois, existência e validade; *b)* existência, mas invalidade; *c)* inexistência.

(A expressão "capacidade passiva" é, aí, a técnica. Não há, aí, capacidade. Quando se exige licença, permissão, autorização, concessão, ou outro ato outorgativo, ou a satisfação de certos requisitos para profissão, ou certos atos, não é de capacidade que se trata. >

No direito brasileiro, o cheque pode ser sacado contra Caixas Econômicas (Decreto n. 11.820, de 15 de dezembro de 1915, art. 102; Decreto n. 24.427, de 19 de junho de 1984). Bem que as casas comerciais, não-bancárias, não usem autorizar criação de cheques, nada lhes impede fazê-lo quanto a contas correntes não-bancárias e créditos abertos. Somente por isso não se tornam bancos ou casas bancárias. A Lei n. 2.591, art. 1.0, não foi derrogada. No Decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921, art. 8.0, prevê-se a fiscalização de "pessoas naturais ou jurídicas, nacionais e estrangeiras", que têm negócios de abertura de contas correntes, sem serem "bancos", "casas bancárias", ou "agências de banco". O art. 8.0, parágrafo único, explicitou: *"Para os eleitos do presente regulamento,* considera-se banco a pessoa natural ou jurídica que com capital superior a 500.000$000 realizar as operações especificadas neste artigo, e casa bancária a que, com o mesmo objetivo, tiver o capital igual ou inferior a 500.000$000".

Lê-se no ad. 1.0 da Lei n. 2.591: "A pessoa que tiver fundos disponíveis em bancos ou em poder de comerciantes, sôbre êles na totalidade ou em parte, pode emitir cheques ou ordem de pagamento à vista, em favor do próprio ou de terceiro". A Lei n. 24.477, de 14 de julho de 1984, art. 1.0, contém explicitação a respeito do cheque passado contra si mesmo:

"Os bancos e firmas comerciais podem emitir cheques contra as próprias caixas, nas sedes ou nas filiais e agências".

Na Lei uniforme (Anexo 1), art. 3, em vez de se enunciar o que já a lei brasileira dizia, em 1912, estatuiu-se: "te chêque est tiré sur un

banquier ayant des fonds à la disposition du tireur et conformément à une convention, expresse ou tacite, d‟après laquelle le tireur a le droit de disposer de ces fonds par chêque. Néanmoins, en cas d‟inobservation de ces prescriptions, la validité du titre comme chêque n‟est pas atteinte”.

No art. 6, diz a Lei uniforme: “Le chêque peut être àl‟ordre du tireur lui-même. te chêque peut être tiré pour la compte d‟un tiers. te chêque ne peut pas être tiré sur le tireur lui-même, sauf dans le cas oú il s‟agit d‟un chêque tiré entre différents établissements d‟un même tireur. te chêque sans indication du bénéficiaire vaut comme chêque au porteur”.

~ Qual a sorte do cheque que se passa contra pessoa que não é banco nem negociante? O cheque, segundo o ad.

1.0 da Lei n. 2.591, só se passa contra banco, ou comerciante, e se há provisão; mas, se o sacado não é banco, nem comerciante, ou não há provisão, cheque houve (plano da existência), com eficácia em mão do possuidor de boa fé. A chamada capacidade passiva de cheque não é pressuposto de validade *(aliter,* no direito austríaco, R. vON

CANSTEIN, *Der Scheck,* 189) a *fortiori,* de existência. Se a inobservância do ad. 19 da Lei n. 2.591 não tem tais conseqUências, com mais forte razão a infração das leis administrativas sôbre bancos e sôbre sacabilidade contra bancos, casas bancárias e comerciantes.

2.CHEQUE CONTRA PESSOA QUE NÃO PODE SER O SACADO. Se o cheque é sacado contra quem não tem tal permissão, a técnica jurídica legislativa tem diante de si soluções possíveis: *a)* considerar inexistente o cheque (não-cheque) ; b) ter ao título como cheque, porém nulo como cheque; *e)* tê-lo como cheque e válido. O

problema é inconfundível com o da falta de provisão ou da autorização para criar cheque, que já supõem a capacidade passiva de quem teria, consigo, a provisão e poderia autorizar. Com e), a Resolução da Haia (cf. WUIJFF~ *Resolutionen,* 25 s.). A Convenção de Genebra, sôbre conflitos de lei, art. 8, adotou e), mas deixou estabelecessem sanção os sistemas jurídicos estatais. Com b), o direito francês, salvo quanto aos cheques pagáveis no exterior, para os quais adotou e). No direito francês, há, pois, *b)* (Decreto-lei de 80 de outubro de 1985), pôsto que valha como cambial à vista <ah VALÉRV, *Des Chêques,* 886), se satisfaz os pressupostos de uma das espécies (letra de câmbio, bilhete à ordem), ou como bilhete simples.

Temos aí variante de b), que pode corresponder ao que quisera o passador do cheque, porém de modo nenhum à tutela da boa fé dos possuIdores.

Com e), o direito italiano (art. 59, do qual não se pode tirar da referência aos cheques pagáveis no exterior, *a contrario sensu,* que sejam nulos os outros). A solução a) seria catastrófica para a circulação do cheque.

(A respeito cumpre observar que o legislador italiano, tendo de adotar o direito uniforme, não reparou em que o direito italiano podia referir-se aos cheques emitidos pagáveis no exterior.) No direito brasileiro, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado,* V, 2.~ parte, 498) sustentava a solução *b) ;* contra, a favor de e), C. F. DA CUNHA PEIxOTO *(O Cheque,* 1, 65 s.). Os pressupostos de existência e de validade do cheque estão no art. 29; os pressupostos do art. 19 e *§§* 1.~ e 29 são eficaciais. O sacado pode opor que não pode ser sacado em cheque por não ser banco, nem comerciante, nem Caixa Econômica. Se paga o cheque, honra o saque.

O cheque, em mãos do possuidor de boa fé, é cheque, vale e é eficaz. O possuidor de boa fé tem o direito, as pretensões e as ações que teria qualquer possuidor de boa fé se pudesse ter havido o saque, por poder ser sacado quem foi indicado como tal.

Oart. 8 da Convenção de Genebra, a que acima nos referimos, diz: “La lol du pays oú le chêque est payable détermine les personnes sur lesquelles un chêque peut être tiré. Si, d‟aprês cette loi, le titre est nul comme chêque en raison de la personne sur laquelle 11 a été tiré, les obligations résultant des signatures y apposées dans d‟autres pays dont les bis ne contiennent pas ladite disposition sont néanmoins valables”.

As regras jurídicas do art. 3 da Lei uniforme, Anexo li, são regras de direito internacional privado. Atenderam à pluralidade de vinculaçôes que há nos cheques e à autonomia de tOdas elas. É de relêvo votar-se que essa já era a atitude do direito brasileiro.

## CAPÍTULO II

## CRIAÇÃO E EMISSÃO DO CHEQUE

### *§* 4.102. Saque chéquico

1.CRIAÇÃO DO CHEQUE. Cria-se o cheque satisfazendo-se certos pressupostos de fundo e de forma. É da natureza do cheque que tudo que, a respeito dêle, seja relevante em direito conste do seu texto. Daí só ser atingido e só se invalidar com a falsidade, a incapacidade, a deficiência fórmal ou a violação de regras jurídicas sôbre forma, ou ser alcançado em sua eficácia pelo tempo, conforme resulta do seu contexto e das datas e assinaturas.

Um dos vinculados é o criador do titulo:

o sacador ou passador do cheque. As declaraçôes dêle são chamadas, por isso, originárias. Tôdas as mais são sucessivas e eventuais. Não há cheque sem declaração chéquica originária, espécie de declaração cambiariforme de vontade. TOdas as outras, que acaso sobrevenham, são acidentes da vida do titulo. Não há nenhuma declaração direta de vontade, como é de mister na nota promissória e pode ocorrer, com o sacado, na letra de câmbio, ou com o comprador, na duplicata mercantil. Não existe aceitante do cheque. Cheque, ao ser apresentado, paga-se, ou não se paga. Isto é, ou se entrega o dinheiro ao podador, ou não se lhe entrega.

Se o que tem provisão faz o cheque e não o entrega a outrem, nem vai recebê-lo, pode destrui-lo, ou ocorrer perdê-lo. Se ocorre liquidação ou falência do sacado, ou concurso de credores civil, o prejuízo é do que tinha a provisão e não foi, em tempo oportuno, receber a quantia.

Para que se possa, lisamente, passar cheque, é preciso que haja provisão: a quantia pode estar em depósito, ou ser debitada à medida que se passam os cheques, por estarem cobertos por abertura de crédito. A conta corrente ou resulta do depósito, ou de crédito aberto. Um e outro negócio jurídico dão ensejo a “fundos disponíveis em bancos, ou em poder de comerciantes” (Lei n. 2.591, ad. 1?).

A criação do cheque, desde que o banco ou outro sacado tem eficaz conhecimento dela, surte efeito semelhante ao da penhora, ou do arresto, ou do sequestro, isto é, o de saber-se que, até a concorrência da provisão, a soma do cheque já se destina a pagar ao portador e dela não mais pode dispor o que o passou. Não importa se, após a emissão, o passador do cheque morre, ou cai em incapacidade; ou, se, morrendo após a feitura e antes de emiti-lo, o cheque vai ter à mão de algum portador de boa fé. A própria tença pelo portador de má fé somente permite que o sacado não pague se foi observado o ad. 86 da Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908. Se o cheque foi passado e o passador faleceu antes de o emitir, a posse pelo cônjuge, ou pelo

herdeiro, ou pelo inventariante é sem *poder de dispor por emissáo,* pôsto que o juiz possa permitir o recebimento da quantia se o passador o fizera para despesas previstas, ou possa ser recebido, se o passador o entregara, pessoal-mente, ao cônjuge, ao herdeiro, ou a outrem, ou por carta ou bilhete (houve emissão, nas duas espécies). Se o passador morre, tendo alguém, antes ou depois da morte, tirado o cheque e endossado a alguma pessoa de boa fé, ou entregue a portador de boa fé, nenhuma objeção cabe contra o endossatário, ou contra o podador.

A provisão não é pressuposto de existência, nem de validade, nem de eficácia em relação aos vinculados. Apenas, se provisão não há, ou se não é suficiente, o direito à provisão foi transferido por pessoa que nao tinha o poder de dispor, tal como ocorreria se A transferisse a B a propriedade e a posse do bem pertencente a C, que é possuidor.

Não importa se a provisão consta de depósito irregular de dinheiro, ou de depósito regular, ou de conta corrente, ou de abertura de crédito, ou se teve outra procedência. O que se exige é a existência de dinheiro, em poder do sacado, tendo a disponibilidade o criador do cheque. A provisão pode, ainda assim, ser disponível em cheque, ou não no ser. É preciso que haja a permissão de saque

em cheque. O negócio jurídico de que resulta a autorização para criar cheques é, de regra, bilateral. Pode não ser.

Por exemplo, o banco remete a alguém o livro de cheques, com carta de autorização. Não seria razoável que entendesse necessária a aceitação da declaração de vontade consistente na permissão de criar cheques, nem, sequer, que se considerasse aceitação a primeira criação de cheque.

2. PRESSUPOSTOS FORMAIS DO CHEQUE. A Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, estatui (art. 2.0) : “O

cheque deve conter: *a)* A denominação cheque ou outra equivalente, se fôr escrito em língua estrangeira. b) Indicação, em cifra e por extenso, da soma a pagar. o) Data, compreendendo o lugar, dia, mês e ano da emissão, sendo o dia e mês por extenso. *d)* Assinatura do emitente, *e)* Nome da firma social ou pessoa que deve pagar. *1)* Indicação do lugar onde o pagamento deve ser feito. Na falta de indicação do lugar da emissão, presume-se que a ordem foi passada no lugar onde tem de ser paga”.

Lê-se no ad. 1 da Lei uniforme: “Le chêque contient:

1. la dénomination de chêque, inserée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédation de ce titre; 2. le mandat pur et simple de payer une somme determinée; 8. le nom de celui qui doit payer (tiré) ; 4. l‟indication du lieu oú le paiement doit s‟effectuer; 5. l‟indication de la date et du lieu oú le chêque est créé; 6. la signature de celui qui émet le chêque (tireur) ~„. Notem-se a confusão entre criação e emissão e a impertinência da expressão "mandat". No art. 2: "Le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l‟article précédent fait defaut ne vaut pas coinme chêque. sauf dans les cas déterminés par les alinéas suivants. À défaut d‟indication spéciale, le lieu designé à côté du nom du tiré est réputé être le lieu du paiement. Si plusieurs lieux sont mdiqués à côté du nom du tiré, le chêque est payable au premier lieu indiqué. À défaut de ces indications ou de toute autre mdication, le chêque est payable au lieu oú le tiré a son établissement principal. Le chêque sans indication du lieu de sa création est consideré comme souscrit dans le lieu désigné à côté du nom du tireur".

No direito uniforme, a alusão do art. 1, inciso 2, a "mandat pur et simple" leva a considerar-se inexistente ou nulo o cheque condicionado, em vez de ser tida como não escrita a condição *(aliter,* o endôsso, ad. 15, alínea □

□

1 a, 2 S

parte: "Toute condition à laquelle ii est subordonné est réputée non écrite"). No direito brasileiro, a condição é tida como não escrita. Dá-se o mesmo que acontece à cláusula de juros.

*§* 4.108. Pressupostos formais

1. NOME DO TITULO. O cheque é titulo formal. Um dos pressupostos necessários formais é o nome *cheque,* que há de constar da cártula. O nome serve à circulação à ordem, contra a doutrina que fazia depender da cláusula à ordem a circulação. Aquela doutrina, alemã, tornava dispensável a cláusula desde que o nome estivesse; ao passo que a doutrina francesa exigia a cláusula. No direito brasileiro, o nome "cheque" é inoperante para fazer circular à ordem o título nominativo. Por onde se vê que a sua função é designativa do título, diferenciando-o da letra de câmbio. Na técnica jurídica legislativa, há *(a)* os que consideram excesso de formalismo exigir-se a denominação cheque, como se, sem o nome, o título não pudesse apresentar os

caracteres distintivos do cheque, (b) os que dispensariam o nome, mas exigiriam fórmula, e *(e)* os que reputam acertado ter-se como pressuposto necessário à eficácia específica a exigência do nome. Naturalmente, em (o) cabem os que aludiriam à existência mesma ou à validade do titulo cambiariforme.

Se o pressuposto é concernente à eficácia, quem assinou o título permitiu que se enchesse posteriormente, com o nome, ou com o nome e outros requisitos, o título. Se o pressuposto é concernente à existência, enquanto não se insere êsse requisito não há cheque. Pode-se mesmo exigir que o nome sej a anterior, no tempo, à assinatura do passador, ou escrita por êle. Se o pressuposto fôsse concernente à validade, o título, com os caracteres do cheque, seria cheque, porém nula a declaração do passador e dos demais figurantes, tendo o enchimento eficácia de sanação. A despeito de aludirem os escritores, de regra, à validade do cheque e a Lei uniforme, ad. 2, alínea 1~a, ter usado o ambíguo "ne vaut pas", quem assina papel que possa ser tido, depois, como cheque, expôs-se: acarreta com tôdas as conseqUências. Inclusive com a impressão dos dizeres, sem se precisar de enchimento por mão alheia. A falta de terminologia científica em alguns escritores leva-os a falarem de nulidade; em verdade, é de ineficácia que se trata, uma vez que o corpo atual do título o mostra como cheque. A indicação "cheque" pode achar-se em qualquer lugar (F. FICK, *fie Fraqe der Seheckgesetzgebung,* 175; A. CURTI, *Schweizerisches Mande lsrecht,* 146; sem razão, *de jege lata* e *de lege ftrenda,* O. ZOLLER, *Der Check des schweizerisehen Obligationenreeht,* 16). Não basta "ordem de pagamento",

"mandato de pagamento", "assinação"; mas é o mesmo "papel de cheque", "cheque bancário", "documento de cheque", "Scheckpapier", "Bankscheck", "Scheckurkunde" (1-1. LESSINO, *Seheekgesetz vom ii. Mdrz 1908,* 18; 5. MERZBACHELt, *Scheckgesetz,* 8; *E.* MEYER, *Das Weltscheolcrecht,* 1, 127). O êrro de ortografia, *e. g.,*

"scheque" em vez de "cheque" é sem importância (II. LESSING, 18; 5. BUFF, *Das deutsche Scheckgesetz,* 21; L.

RUHLENBECK, *Das deutsehe Scheelcgesetz,* 85; A. HENsCHEL, *Seheclcgesetz,* 8; 5. MERZBACIIER, 8; W.

CONRAn, *Handbueh,* 55;

E.TSCHAKERT, *Der Seheek nach dein Reiohsgesetz,* 10;

*E.* SCHIEBLER, *Scheckgesetz,* 2; sem razão, A. KOHL, *Scheckgesetz und*

*Postseheekordnwng,* 18).

2. SOMA A PAGAR. A indicação há de ser em cifra e por extenso (art. 2.0, *b),* em moeda nacional (Decreto n.

21.816, de 25 de abril de 1982, art. 1.0: “Fica expressamente proibida a abertura de contas correntes em moeda estrangeira, em bancos e casas bancárias estabelecidas no país”; Decreto n. 28.501, de 27 de novembro de 1988, ad. 1?: „¶ nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel”). Não se presume outorga de poder ao portador para inserir a soma (arg. à Lei n. 2.591, art. 4.0). O art. 59, 1.2. parte, da Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, estabelece: “Havendo diferença entre o valor lançado por algarismo e o que se achar por extenso no corpo da letra, êste último será sempre considerado verdadeiro e a diferença não prejudicará à letra”.

O art. 59 da Lei n. 2.044 incide em se tratando de cheque (Lei n. 2.591, art. 15). A 2.2. parte do art. 59 da Lei n.

2.044 exclui *ser* letra de câmbio e, pois, *ser* cheque (Lei n. 2.591, ad. 15) o título em que a diferença fôr no contexto do título: “Diversificando as indicações da soma de dinheiro no contexto, o titulo não será letra de câmbio”. Não há exigência de já se ter satisfeito o requisito da indicação da soma quando o passador assina, bem que se não presume outorga de poder para isso. Se A assina cheque, o deixa na gaveta e escreve ou telegrafa a B

para que lhe lance a soma, que é, por exemplo, a do preço da casa que A quer comprar, o enchimento é legítimo, *pôsto que tal mandato não se presuma.*

Quanto à solução técnica, em se tratando de divergência entre a soma em cifra e por extenso, legislações surgiram que preferiam a soma menor. A Lei n. 2.591 é explícita: prevalece a indicação por extenso, que sói ser a do contexto. Se há a soma por extenso, no contexto, e *falta* a soma por cifra, o cheque é eficaz, bem que se não presuma mandato ao portador para lançar a soma por cifra.

8.DATA DO CHEQUE. O terceiro requisito do cheque é a data (Lei n. 2.591, art. 2.0, e): “data, compreendendo o lugar, dia, mês e ano da

emissão, sendo o dia e mês por extenso"; Decreto n. 22.898, de 25 de janeiro de 1988, artigo único, que declarando em vigor, conforme a Lei n. 2.919, de 81 de dezembro de 1914, art. *59,* o art. 8.0, *§*

99, 1.2. parte, da mesma lei, só exigiu, por extenso, o mês). A data pode ser tôda por extenso, ou só serem por extenso o dia e o mês, ou o mês e o ano, ou só o mês. Não há a exigência de ser de punho do passador do cheque a data, pôsto que possa ser aplicada multa ao que faz cheque sem data (Lei n. 2.591, ad. 6.0). A pós-data e a antedata não atingem o cheque, quer em sua existência, quer em sua validade, quer em sua eficácia; o passador dêle incorre em multa (Lei n. 2.591, art. 6.0). Se foi outra pessoa que inseriu a data falsa, há duas multas, uma ao passador, que deixou de datar, e outra ao que a inseriu, bem que o art. 6.0 da Lei n. 2.591 pareça só se referir ao passador. O portador presume-se com mandato para a inserir, pois não é contrária à índole do cheque a regra jurídica do art. 49 da Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908.

Diz o ad. 80 da Lei uniforme: "Lorsqu‟un chêque est tiré entre deux places ayant des calendriers différents, le j our de l‟émission sera ramené au jour correspondant du calendrier du lieu du paiement".

A data da criação, que é um dos pressupostos formais, tem a função de inicio do prazo de apresentação, fora as outras. Sem ela, o cheque existe, mas é ineficaz.

Observe-se que a data tem relevância para muitos efeitos do cheque e para a sua validade em relação a quem faz declaração de subscritor (capacidade do sacador).

*4.* PÓS-DATA. O cheque pós-datado existe, vale e é eficaz. Se devia haver sanção de inexistência, invalidade ou ineficácia, por seus inconvenientes, é questão *de jure candendo.* A lei brasileira satisfaz-se com a multa. Se as leis fiscais têm de estabelecer sanções próprias é outra questão de *jure condendo.* Qualquer sanção de inexistência, ou de nulidade, seria nociva à função circulatória do titulo. Mutilar-se-ia, conceptual-mente, o título. Admitido que a pós-data não acarreta inexistência, nem nulidade, nem ineficácia, levanta-se o problema do prazo para a sua apresentação. A técnica jurídica legislativa oferece três: *a)* alegado e provado ter havido a pós-data, descontam-se ao prazo da apresentação os dias aumentados à data da criação, porém sômente se poderia opor essa exceção aos possuidores de má fé; b) toma-se o cheque pós-datado como qualquer outro cheque, e é pagável à vista, a despeito da alegação e prova da pós-data e, até, da

apresentação antés da data inserta *(* = qualquer que seja a data, o cheque é pagável à vista; cf. Lei uniforme, art. 28: "Le chêque est payable *à* vue. Toute mention contraire est réputée non écrite. Le chêque présenté au payement avant le jour indiqué comme date d"émission est payable le jour de la présentation")

e)o cheque pós-datado somente pode ser apresentado para pagamento a partir do dia da data falsa. A solução, no sistema jurídico brasileiro, é a solução 6), que também prevaleceu no direito uniforme; porém a solução o) não seria, *de jure condevido,* descabida: a pós-data foi tolerada pela lei, que não considerou inexistente, nem nulo, nem ineficaz, o cheque pós-datado; a aparência é a da pós-data, de modo que a solução nenhum óbice ofereceria à tutela dos possuidores de boa fé.

O requisito da datação (Lei n. 2.591, art. 2.0, *e)* é assaz importante para o cheque. A respeito da letra de câmbio, não foi mencionado (Lei n. 2.044, ad. 1.0); e o art. 49 da Lei n. 2.044 explicitou: "Presume-se mandato ao portador para inserir a data e o lugar do saque, na letra que os não contiver". Pergunta-se: j~o art. 49 incide, por força do art. 15 da Lei n. 2.591, em se tratando de cheque? Se incide, (a) cheque sem data é cheque que pode ser completado; se não incide, (b) cheque sem data não é cheque. Com a solução (6), o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de setembro de 1949 *(1?. dos T.,* 188, 854). Não se deve acolher tal opinião. É verdade que a Lei n.

2.591, art. 2.0, *e),* exige a data; mas o cheque incompleto é cheque: se lhe falta a soma e o podador o enche, completa-o, abstraindo-se do que seja, em relação ao passador do cheque, tal ato (matéria de negócio jurídico sub-justa-ou sobrejacente); se lhe falta a data e o portador o enche, completa-o, e a questão do mandato para isso é matéria de negócio jurídico sub-, justa- ou sobrejacente. Diga-se o mesmo quanto à falta do lugar da passação, ou do lugar do pagamento. Diga-se o mesmo quanto à cláusula circulatória (à ordem, ao podador) e o nome do tomador. O acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de janeiro de 1942 *(R. F.,* 98, 880; *1?. dos T.,* 189, 528), segundo o qual cheque pós-datado é mero titulo de divida civil, não merece acolhida. Tal cheque é cheque. Se houve pós-data e ainda não se chegou ao dia indicado, o direito uniforme entende que se há de pagar quando fôr apresentado (art. 28, alínea 2.»: "Le chêque présenté au payement avant le jour indiqué comme date d"émission est payable le jour de la présentation"), com o que não se choca o art. 64 da lei francesa, relativo a multas ao passador, mas com o que se pode desatender ao negócio jurídico entre o

passador do cheque e o sacado e ao próprio negócio jurídico subjacente entre o passador do cheque e o tomador. No direito brasileiro, o sacado não deve pagar antes de chegar o dia indicado, e a recusa de pagamento não dá ensejo a protesto, salvo se o passador do cheque o autoriza, fora do cheque, a isso. Argumenta-se que o cheque é título pagável à vista e, por conseqUência, ainda pós-datado, há de ser pago quando se apresentar. Nenhuma logicidade há em tal raciocínio: o cheque tem a data da r qu‟aurait eu le prétendu représenté. II en est de mêrne du représentant qui a dépassé ses pouvoirs".

Se o procurador assina, sem se dizer tal, a despeito de ter podêres para isso, a exceção de representação só aos possuidores de má fé pode ser oposta, afastadas as soluções de só se ter responsabilizado em nome próprio o que assinou e a de oponibilidade a quem quer que seja. O lançamento da firma de outrem é ato de assinatura falsa.

O lugar da assinatura é no anverso, em baixo dos dizeres (Lei n. 2.044, art. 1.~, V, 2a parte, *verbis* "abaixo do contexto").

Se as retiradas com assinatura a rôgo são repetidas, nem por isso pode o sacado deixar de manter à disposição do depositante a provisão, a despeito de ter pago cheques com assinatura a rôgo. Nas relações entre o depositante e o sacado, pode .êsse, depois, discutir o enriquecimento injustificado daquele, por meio de ação de enriquecimento injustificado (de direito comum); e pode ir contra o que assinou a rôgo de outrem, pela ação de enriquecimento injustificado, ou pela ação oriunda da obrigação por ato ilícito. Se o titulo circulou, os possuidores de boa fé (raros, porque seria preciso que a expressão ~„a rogo" houvesse sido lançada posteriormente) teriam a ação do art.

46 da Lei n. 2.044 contra o que assinou, O que não se pode é imputar à provisão o pagamento, que o sacado fêz, do cheque assinado a rôgo, e assim se há de entender a proposição "é nenhum o pagamento do cheque assinado a rOgo do depositante, (ainda) que costume fazer retiradas por essa forma" que aparece no caso José Nepomuceno Franco *v.* Bank of London and South America Ltd., julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a 12 de maio de 1941

*(1?.* IX, 88, 399), e pelas Câmaras Reúnidas do Tribunal de Apelação do Paraná, a 5 de abril de 1940 *(1?. E.,* 83, 180), onde, aliás, há confusão entre inexistência e validade: "se o cheque nada vale por ilegal, o pagamento feito em virtude dêle é nenhum", em vez de:

se não tem obrigação em cheque o depositante, tendo sido o título assinado a rôgo, o pagamento dêle foi injustificado, em relação ao portador, ou quem se enriqueceu, e ineficaz, como pagamento chéquico, quanto ao depositante". O voto vencido está certo, no plano extracambiariforme, embora não no plano cambiariforme, tanto mais quanto o depositante havia recebido a quantia. Ora, ia ação não era cambiária! Nem era a ação do passador do cheque contra o sacado. Era a de repetição do pagamento injustificado.

Todo o mal estêve no velho hábito de certos juizes: agarrarem-se à tese, às vêzes académica, que apareceu na *quaes fio ~praeiudiciali.s,* e, decidindo essa, não verem o resto do mérito. Os dois acórdãos foram injustos e contra direito expresso.

A falsidade é a aposição de firma que não é a de quem ~a faz; falsificação é a alteração da firma, para se identificar com a de outrem. Alguns juristas entendem por falso o cheque, em que se apôs falsa assinatura do passador do cheque, e por cheque falsificado, o em que houve alteração do cheque, durante a circulação. Ora, há outras falsidades a da assinatura do endossante e a da assinatura do avalista. A falsificação concerne às assinaturas e ao texto. Os que só atendem à assinatura do passador do cheque, para o conceito de falsidade, são vítimas de visão unitária do cheque, incompatível com o postulado da independência das obrigações chéquicas.

6. NOME 130 SACADO. O quinto requisito é o do "nome da firma social ou pessoa que deve pagar" (Lei n.

2.591, art. 2.0, *e).* O Decreto n. 24.777, de 14 de julho de 1984, art 1.0, explicitou: "Os bancos e casas bancárias podem emitir cheques contra as próprias caixas, nas sedes, ou nas filiais e agencias mas acrescentou (parágrafo único) : "Êstes cheques não poderão ser ao portador, e regular-se-ão em tudo o mais pela lei do cheque". O banco ou a casa bancária saca, nessa espécie, contra si mesmo (a própria caixa). Não incide o parágrafo único, se o cheque é do banco, ou casa bancária, contra a filial, ou contra a agência, ou da agência, ou filial, contra a sede. O art. 1.0, a cujo âmbito se subordina o parágrafo único, só atinge o saque contra a própria caixa, "na sede, ou nas filiais, ou agências". Os cheques entre sede e filial, ou vice-versa, ou entre sede e agência, ou vice-versa, ou entre filial e agência, ou vice-versa, ou entre agências, pode ser ao portador.

O cheque pode ser sacado contra duas ou mais pessoas (pluralidade de sacados).

A Lei n. 2.591 não proibiu o cheque contra o próprio sacado. O direito uniforme proibiu-o (art. 6, alínea S.a: “Lê chêque ne peut tiré sur le tireur lul-même, sauf dans le cas oU ii s‟agit d‟un chêque tiré entre différents établíssements d‟un n~me tireur”). Antes do Decreto n. 24.777, nada obstaria ao saque contra si mesmo, a despeito do que escrevia PAulo DE LACERDA *(Do Cheque,* 24); de jeito que o Decreto n. 24.777 foi, no art. 1.0, explicativo e, no parágrafo único, limitativo. (Quanto à indicação do próprio passador do cheque como toma-dor, nenhuma dúvida pode existir. Quanto à indicação do sacado como tomador, cumpre distinguir: o sacado é o mesmo estabelecimento do tomador; o sacado é outro estabelecimento, e. g., agência, filial. O cheque a favor do mesmo estabelecimento é endossável; os outros, também, podem ser endossados.) Na Lei uniforme, o arE 6, alíneas 13 e □

2 a está escrito:

“Le chêque peut être à 1‟ordre du tiréur lulmême. Le chêque peut être tiré pour le compte d‟un tiers”.

Também no sistema da Lei n. 2.591 o cheque pode ser à ordem de terceiro.

7. L UGAR no PAGAMENTO. O sexto requisito formal do cheque é a indicação do lugar do pagamento (art.

2.0)

“O cheque deve conter: f) indicação do lugar onde o pagamento deve ser feito. Na falta de indicação do lugar da emissão , presume-se que a ordem foi passada no lugar onde tem de ser paga‟ >. Urna das conseqUências da indicação concerne ao prazo da apresentação (Lei n. 2.591, art. 4□O; Decreto ii. 22.924, de 12 de julho de 1938, artigo único: „e... dentro do prazo de um mês, quando passado na praça onde tiver de ser pago, e de 120 dias corridos, quando em outra praça”).

No art. 42, o Código Civil estabeleceu: “Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações dêles resultantes”. CLÓvIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* 1, 268 s.) via aí, ao lado da regra jurídica sôbre lugar de adimplemento <direito material), regra, de direito processual, sôbre competência. Ésse êrro vai sendo repetido, sem raciocínio. Para que haja a regra sôbre competência seria precisa que a lei de direito processual dissesse: „¶t competente para as ações derivadas dos negócios jurídicos o faro do lugar de adimplemento”. Ora, essa regra

jurídica não existe, O que existe é o art. 183; do Código de Processo Civil, que diz: “Determinar-se-á a competência : 1. Pelo domicílio do réu. II. Pela situação da coisa.

III. Pela prevenção. IV. Pela conexão. V. Pelo valor da causa.

VI. Pela condição das pessoas”. No Código de Processo Civil não há foro do contrato. No entanto, os juizes estio a querer recriá-lo no direito processual brasileiro, O Tribunal de Apelação de Minas Gerais entendeu que há, porque o Código de Processo Civil não o proibiu <?!), tirando que o permitir-se a prorrogabílidade do foro implica ou importa permitir-se o pacto sôbre êle (?!). Alega a existência de escolha dentre domicílios, questão de direito material, que não é, exatamente, a de foro de eleição. Ligar o problema do foro do contrato à prorrogabilidade da competência (art. 148) é sem fundamento (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 21 de outubro de 1940, *R. P.,* 85, 110). Çp 4.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 10 de outubro de 1941 e a 12 de maio de 1942 *(O D.,* 16, 310, 321), e 8.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 80 de outubro e a 80 de novembro de 1940 *(1?. F.,* 85, 856, 86, 633>. A 2.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 21 de outubro de 1940 (1?. P., 85, 108), entendeu que o Código Civil permite o *domicilio de eleição.* Não entendeu o art. 42 do Código Civil. Não há mais foro do contrato; há foro do *domicilio do réu,* que pode ser eleito segundo a art. 42 do Codigo Civil. Há duas determinações espaciais “reais” (no sentido de atos reais) a do *domicilio,* conceito de que se servem o direito material e o direito internacional privado, e, remetendo ao direito material, o direito processual, e a do lugar em que se deve executar a prestação, conceito do direito que rege a obrigação, forçosa-mente material. A regra jurídica de escolha do foro, *torum electionis,* é de direito processual; a regra de eleição do lugar da execução das obrigações é de direito material. Se redigimos a regra jurídica de competência como regra de ser competente o juiz do lugar em que se deveria executar a obrigação , a regra de direito processual deixa de ser de foro *eleito* para ser de lôro da execução do contrato. Pode, então, no plano do direito processual, não haver eleição nenhuma: o foro da execução do contrato é foro oriundo de regra de competência especial. Se, em vez disso, o direito processual civil contém regra de escolha do foro, tal



*forum eleetionis* pode ser o que fôr escolhido, ainda que não seja o da execução do contrato, ou o do lugar da feitura do contrato. Por onde

se vê que os dois conceitos não *coincidem.* Não se pode falar de foro de e1eição e de foro do contrato (da feitura, ou da execução ) como sendo um só. Quando os juristas encambulham os dois conceitos, nenhuma confiança podem ter na conclusão dos seus raciocínios. A mistura do direito processual com o direito material é, então, de lastimáveis conseqüências.

As Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 6, § 2, tratavam dos que tinham privilégio de foro na Côrte e permitiam que, por escritura pública, ou documento equivalente, renunciassem ao privilégio. Na art. 62 do Reg. n. 787, de 25

de novembro de 1850, que fôra feito para o processo comercial, adotou-se a opção do autor entre o foro do domicilio do réu e o foro eleito ("a responder em lugar certo", e não onde "teria de pagar"). O foro tinha origem contratual, está claro; porém não era *forum contractus,* segundo o exato conceito (no direito romano e no direito comum) de foro do lugar do contrato, sugerido pelas dificuldades de transporte e lentidão da correspondência (foro não contratual!). Não se tratava de *forum contractus,* mas de *forurn electionis* (contratual!). O elemento moderno da opção & do autor não lhe tirava o caráter de e1eiç~o do foro. Desde muito que se vinham amontoando as críticas ao *foro contratual* e ao *fóro do contrato.* O foro do contrato pode ser o do lugar em que se concluiu o contrato, ou o foro do lugar em que se tem de executar *(fortim solutionis).* Pode ser eletivo, ou não (cp.

L. VON BAR, *Theorie und Prazls,* □

2 a ed., II, 488-444). Na jurisprudência brasileira mais se atendia ao *fortim destinatae sotutioni.s,* inclusive quanto a contratos de remessa de mercadorias. Mas isso não estava no art. 62 do Reg. n. 787, que exigia escolha contratual do foro. Quando apareceu o Código Civil, a art. 42 passou a ser invocado como regra de direito processual, *e ndo no era, n~em no é, de modo nenhum.* O art. 42 do Código Civil apenas diz que "poderão os contraentes especificar domicilio, onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações dêles resultantes". Especificar! Pura regra de direito material (cp. o art. 950, que a ela alude>. Lê-la como de direito processual, heterotôpicamente inserta no Código Civil, seria confessar que está der-rogada pelo Código de Processo Civil. Lê-la como de direito material, e não processual, é reconhecer que n~o estabeleceu *norma de competência judiciária.* Os processualistas já reclamavam contra o foro de eleiçáo, sem que isso importasse serem hostis (nem no podiam ser) à regra de permissão da determinação voluntária do lugar da execução, ou a escolha entre dois ou mais domicílios que tenha. As regras jurídicas dos arts. 42 e 950 do Código

Civil correspondem ao § 269 do Código Civil alemão, ao passo que *não* há, no Código de Processo Civil, regra que corresponda à Ordenaç~o Processual Civil alemL § 29 *(verbis* "o Tribunal do lugar onde deva cumprir-se a obrigação"). O direito processual alemão possui, assim, o foro da execução do contrato; não possui o de eleição.

Nós n~o temos, hoje, nem um nem outro. O mais é querer-se que prevateça a preferência pessoal de alguns juizes, *contra a lei,* sem razão bastante. Em verdade, no fundo, não sabem o que querem: se o foro de eleição, se o foro do contrato.

8.DOMICILIAÇÃO DO CHEQUE. Cheque domiciliado é o em que o passador do cheque indica por lugar de pagamento outro que o lugar em que é situado o estabelecimento do sacado. A primeira quest~o, que surge, é a de se saber se se pode domiciliar o cheque. No direito uniforme, art. 8, estatui-se: "Le chêque peut être payable au domicile d"un tiera, soit dans la locaiité oh le tiré a son domicile, soit dans une autre Iocalité, à conditíon toutefois que le tiers soi* banquier". No direito brasileiro, a opinião dividiu-se: contra a domicilíabilidade, PAULO DE

LACERnÁ *(Do Cheque,* 150>; a favor, TITO FULGÊNCIO *(Do Cheque,* 60). Aquêle jurista desatendia, sem razão, ao art. 15 da Lei ii 2.591: a lei cambiária havia de incidir, uma vez que não faltava a pré-exclusão por inadequabilidade da regra jurídica do arE 20, § 19, da Lei n. 2.044. (Ê escusado dizer-se, tão óbvio é, que domiciliar cheque não é apontar domicílio do sacado, nem fixar fóro negocial.)

§ 4.104. Cheque incompleto e cheque em branco

1.Os DOISs CONCEITOS. Se o cheque não contém um dos requisitas do art. 29 da Lei n. 2.591, o cheque é *em branco;* salvo se o requisito, que falta, é a assinatura do passador do cheque. Aí, faltaria a declaração unilateral de vontade.

Quem apôe assinatura, em branco, expôe-se a que os portadores de boa fé sejam tratados conforme o regime jurídico do título que depois se compôs. Antes do direito uniforme (art. 13), já o direito brasileiro admitia o cheque em branco, como admite a cambial em branco. Não há nenhuma regra jurídica sôbre a ordem em que devam ser satisfeitos os requisitos do art. 2.0 da Lei n. 2.591.

Na Lei uniforme, diz o art. 13: “Si un chêque incomplet à l‟émission a été completé contrairement aux accords intervenus, l‟inobservation de ces accords ne peut pas être opposée au porteur, à moins qu‟il n‟ait acquis te chêque de mauvaise foi ou que, eu l‟acquérant, il n‟ait commis une faute lourde”.

2. ENCHIMENTO DO CHEQUE. O enchimento do cheque pode ser por outrem; a holografia só se refere à assinatura. O art. 6.0 supóe o cheque sem data, omissão que apenas dá ensejo à imposição de multa. Surge a questão de se saber se o cheque incompleto não é cheque, ou se é nulo, ou se apenas é ineficaz. A primeira opinião teria como conseqUência só nascer o cheque quando se completasse, o que criaria problemas extremamente graves para os endossos e avales anteriores ao enchimento. A segunda admitiria o cheque, di-lo-ia nulo, mas afirmaria a sanação com o enchimento. A terceira opinião parte de que tal titulo é cheque, se se diz cheque, mas é ineficaz enquanto não se enche.

Ocheque a que falta as indicações é ineficaz, e não inexistente, nem nulo.

Oproblema mais sério é o do cheque sem assinatura em que alguém já após endôsso ou aval, com assinatura. Tal cheque existe e vale; quem após o endôsso ou o aval vinculou-se. Perigosamente, é certo; mas vinculou-se.

3. DECLARAÇõES UNILÂTERAIS DE VONTADE. A declaração unilateral de vontade com que se cria o cheque é como tôdas as outras declarações unilaterais de vontade que podem ser apostas no cheque. Há a autonomia da vinculação e cada declaração unilateral de vontade tem a sua sorte. Pode ser tido por inexistente, ou inválido, ou ineficaz, o endôsso ou o aval e existir, valer ou ser eficaz a subscrição pelo criador. Pode ser inexistente a (aparente) subscrição pelo criador, ou ser inválida, ou eficaz, e existir, valer ou ser eficaz qualquer outra declaração unilateral de vontade que foi lançada no cheque.

Diz a Lei uniforme, art. 10: “Si te chêque porte des signatures de personnes incapables de s‟obliger par chêque, des signatures fausses ou des signatures de personnes imaginaires, ou des signatures qui, pour toute autre raison, ne sauraient obliger les personnes qui cnt signé le chêque, ou au nom desqueiles ii a été signé, les obligations des autres signataires n‟en sont pas moins valables”.

Já falamos do pressuposto da denominação. Se falta, o subscritor e

quem quer que haja lançado assinatura, expôs-se à inserção do nome "cheque", ou outra que equivalha. Quanto ao lugar em que pode ser posta, apenas se exige que seja acima do nome do sacador < 3. GHYSEN, Vers l"introduction de la Loi Uniforme sur le chêque dans nôtre législation, *Revue de la Banque,* 1950, 856 s.).

Se não há indicação do lugar da criação, entende-se subscrito no lugar designado ao lado do nome do sacador. Se não há tal menção, o cheque é incompleto, e não nulo (sem razão, 3. PERCEROIJ e 3. BOUTERON, *Le Chê que,* n. 15).

PRESSUPOSTO EFICACIAL DA PROVISÃO

§ 4.105. Provisão e cheque

1.LEI N. 2.591, DE *7* DE AGOSTO DE 1912, ART. 1.0. No direito brasileiro, "a pessoa que tiver fundos disponíveis em bancos ou em poder de comerciantes, sôbre êles, na totalidade ou em parte, pode emitir cheques ou ordem de pagamento à vista, em favor próprio ou de terceiro" (Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 1.0).

No § l.~, disse a lei o que é que se há de ter por fundos disponíveis: "Consideram-se fundos disponíveis: *a)* as somas constantes de conta corrente bancária; b) o saldo exigível de conta corrente contratual; o) a soma proveniente de abertura de crédito". No § 2.0:

"Fica, todavia, dependente da anuência do devedor a emissão da ordem, nos casos das letras à e e".

É demasiado simplista a afirmação de que o cheque *é titulo de crédito,* como qualquer outro título de crédito.

Eliminar-se-lhe-ia o que mais o distingue, que é o estar nêle direito ã provisão. O que se incorpora no cheque é mais do que crédito: é direito a determinada quantia. É certo que, se não há provisão, o cheque *existe* e *vale* (foi grave êrro de T1IJLLIO ASCÂRELLI, *Saggi giuridici,* 449, reputá-lo inválido) mas o conhecimento de depósito e o *warrant,* a que não corresponde, ou não mais corresponde a mercadoria, também existem e valem. Se se enuncia que ao portador legitimado, no momento em que se legitima, nasce o direito à provisão *desde* a criação do título, não se pode ver no cheque simples titulo de crédito.

2. QUE É Provisão ? Houve longa disputa, não sem vícios acadêmicos e muita imprecisão, sôbre o que se havia de entender por provisão. A provisão consiste em fundo, de que alguém pode dispor. Nem tôda provisão consiste em conta corrente, porque a abertura de crédito pode não chegar até aí: abre-se o crédito, para que sôbre êle se criem cheques, sem que se proceda a outra operação posterior que a de lançamento dos valôres dos cheques; não se permite, então, que, nessa conta, se faça depósito de outras quantias, evitando-se que se exaura. A conta corrente cresce e decresce; donde dizer-se que *corre.* Nem tOdas as contas correm. Nem tôdas as contas se concebem com a perda da quantidade inicial do crédito, como se se apaga tôda lembrança do primeiro depósito. A provisão consiste em conta corrente ou em crédito de conta não-

-corrente. Pode haver cheque sem prévia conta corrente: o passador do cheque sabe que aquela conta se vai esgotar, sem que possa elevar o saldo.

8.CONTA CORRENTE E CONTA CORRENTE BANCÁRIA. Conta corrente é negócio jurídico formal, pelo qual se regula a coexistência de créditos e débitos de duas pessoas, ou de uma, *que conta,* e de outra ou outras, cujos créditos e débitos são contados. Se o que conta é banco, no sentido largo, e as somas a favor daquele de que se contam os créditos e os débitos são destinadas a saque, a conta corrente é *bancária:* nela está implícita a autorização para se criarem cheques (Lei n. 2.591, ad. 1.0, § 1.0, *a),* e § 2.0, *ex argumento a contrario).* Se a conta corrente não é bancária, nesse preciso sentido de sacável à vista a provisão, é preciso que haja, embora à parte, a autorização para criação de cheques, sem a qual o que conta não estaria com o dever de respeitar os cheques.

O dinheiro que foi ter ao banco, ou ao comerciante, sem ser para se incluir no haver de conta corrente bancária, ou de conta corrente não-bancária, ou de conta por abertura do crédito, não é *fundo disponivel,* no sentido do art. 1.0

da Lei n. 2.591. Naturalmente, a manifestação de vontade do banco, ou do comerciante, é que dá um dos dois primeiros destinos ao dinheiro, e a abertura de crédito de si só se configura („= aberto o crédito, o fundo é disponível, nos têrmos do contrato de abertura de crédito). Se a conta corrente é bancária, implícita está a autorização para se passár cheque. Donde a importância teórica e prática de se

saber se a conta corrente é bancária, ou não no é. A conta corrente corre, *no tempo,* devido ao haver e ao deve, que crescem e decrescem; a conta corrente bancária, além de correr, obedece ao ritmo que lhe imprime o passador de cheques. No direito brasileiro, contém implícita autorização para a criação de cheques e há de estar preparada, têcnicamente, para a incidência das três alíneas do art. 82 da Lei n. 2.591: "O beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado, desde a data do cheque. O pagamento dos cheques far-se-á à medida que forem apresentados. Apresentando-se, ao tempo, dois ou mais cheques em soma superior aos fundos disponíveis, serão preferidos os mais antigos. Se tiverem a mesma data, serão preferidos os de número inferior A Lei n. 2.591, art. 1.0, § 1.0. à), fala de conta corrente contratual. No Código Comercial, o art. 253, alínea 1.a, disse:

"É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano", O art. 432 estabeleceu:

"As verbas creditadas ao devedor em conta corrente assinada pelo credor, ou nos livros comerciais dêste (art. 28), fazem presumir o pagamento, ainda que a dívida fôsse contraída por escritura pública ou particular". E o ad. 445:

"As dívidas provadas por contas correntes dadas e aceitas, ou por contas de vendas de comerciante a comerciante presumidas líquidas (art. 219), prescrevem no fim de quatro anos da sua data". Alude-se às contas correntes, bancárias e não-bancárias.

4. ABERTURA DE CRÉDITO. Abertura de crédito é o negócio jurídico pelo qual o creditador põe à disposição do creditado certa quantia, ou outro bem, em conta corrente ou não, O crédito aberto que permite a autorização para a criação de cheque é o crédito em dinheiro. Para que a abertura de crédito em dinheiro seja exaurível por cheques é preciso, como para as contas correntes não-bancárias, a autorização do creditador para que o creditado crie cheques (Lei n. 2.591, art. 12, § 2.0). Se o crédito somente pode ser levantado desde certo têrmo (inicial) ou até certo têrmo (final), essa cláusula do negócio jurídico de abertura de crédito é conteúdo da autorização para criar cheques, porque não há fundos disponíveis antes do *dies a quo,* nem depois do *dies ad quem.* A questão de ser em conta corrente o crédito aberto, ou ser "individuado", é sem relevância quanto ao conceito de provisão, pôsto que o seja quanto à autorização para criar cheques.

Cumpre não se confunda a abertura de crédito com a promessa de mútuo, *pactum de mutuando,* que é pré-contrato. O mútuo é contrato real. Se houve, o negócio jurídico posterior é depósito. O banco ou comerciante empresta e faz o mutuário depositar a soma. Se não houve mútuo, a abertura de crédito *elide* essa dupla tradição, do mutuante ao mutuário e dêsse ao banco, que emprestara.

Têm-se confundido a abertura de crédito ilimitado e a autorização para criar cheques a descoberto. Quem abre crédito ilimitado, credita; quem autoriza a criação de cheques a descoberto, autoriza ato ilícito, a~itoriza o que a lei não permite. Autorização para criar cheques não é abertura de crédito: supõe a conta corrente, ou a abertura de crédito. É de se repelir a opinião dos que interpretam a "aceitação reiterada de cheques" (leia-se o pagamento reiterado de cheques), "por parte do sacado, apesar da inexistência de fundos disponíveis", como fato que

"demonstra que o emitente não agiu fraudulentamente"; "portanto, no Brasil, isenta-o das sanções previstas pelo Código Penal, para a emissão de cheques sem fundo" (C. F. DA CUNHA PEIxOTO, *O Cheque,* 84). O direito penal brasileiro abstrai da autorização; o que lhe importa é a *existéncia de provisão.* O suporte fáctico do crime do art. 171, § 2.0, VI, do Código Penal; não é insuficiente, no sentido técnico, se falta a provisão, mas há a autorização. Abertura de crédito ilimitado não pode ser concluída tácitamente.

Lê-se no art. 171, § 2.0, VI, do Código Penal que comete crime de estelionato quem "emite cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento". Para que se tenha o suporte fáctico de tal crime de estelionato basta que, não havendo provisão, o subscritor do cheque o entregue a outrem, por endôsso ou como titulo ao portador, ou que, guardando-o e *sabendo* que desapareceu, não providencie para que nao vá a mãos de possuidor de boa fé. É o máximo que se pode explicitar quanto ao conteúdo do art. 171, § 2.0, VI.

Se alguém, *e.* g., agiota, exige para algum negócio que se passe cheque sem data, ou com data futura, por parecer mais fácil ir contra o passador do cheque do que, por exemplo, contra o subscritor da nota promissória, há da parte de quem exige ou apenas recebe a figura criminal do art. 160 do Código Penal: "Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vitima ou contra terceiro". Na Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, no art. *49,* apontam-se os crimes contra a economia popular, consistentes em usura. Se há o crime do art. 160, isto não afasta o do art. 171, § 2.0,

VI.

5.MOMENTO EM QUE DEVE EXISTIR A PROVISÃO. Quanto ao momento em que deve existir a provisão, as soluções, *de jure condendo,* são as seguintes: a) no momento em que se cria o cheque; *b)* no momento em que se apresenta o cheque; e) no momento em que se cria o cheque e no em que se apresenta ao sacado; *d*> desde o momento em que se cria o cheque até que se apresenta ao sacado; *e)* desde o momento da criação do cheque até aquêle em que expira o prazo de apresentação (cp. Lei n. 2.591, art. 5.0). *De lege lata,* o direito brasileiro adotou *e),* a levar-se em conta o art. 59, quando diz que o passador do cheque não responde, se a provisão, sem sua culpa, se perdeu após o prazo de apresentação.

§ 4.106. Falta de provisão e atitude da doutrina

1.PROVISÃO E FALTA DE PROVISÃO . O cheque é meio de pagamento, não de crédito. Daí não existir o instituto do aceite. Todo o instituto parte da provisão, de modo que se supõe, sempre, a provisão, sôbre a qual se saca. Isso concorreu para se precisarem elementos autônomos, diferenciando-se da letra de câmbio o cheque, ainda onde se exigia à letra de câmbio a provisão (G. DROUETS, *La Provision en matiêre de chê que,* 18). A sanção penal contra a emissão de cheque sem provisão foi um dos passos dados para se atender a que, com o cheque, se dispunha de quantia disponível, e não só se criava dívida. O postulado da provisão impôs-se. Donde as sanções em caso de emissão improvida.

Em técnica legislativa, a infração do postulado pode determinar: a) a inexistência do título como cheque e como título de direito comum *(* = nenhuma entrada da declaração de vontade do criador do cheque no mundo jurídico) ; *1)* a inexistência do título como cheque *(* não entrada da declaração de vontade do criador do cheque, no mundo jurídico, como cheque, mas entrada como titulo cambiário ou de direito comum) ; *c)* a nulidade do cheque, mas existência e possível validade do negócio jurídico de direito comum; *d)* ineficácia do cheque contra o sacado, o que lhe permite pagar e debitar ao passador o cheque pago sem fundos.

2.TEORIAS SOBRE A FALTA DE PROVISÃO . a) A *teoria da inexistência do cheque sem provisão* pré-exclui qualquer entrada de tal titulo no mundo jurídico. Sem provisão, não haveria cheque, nem qualquer outro negócio jurídico. Uma das dificuldades, bem que não insuperável, fOra a oriunda do cheque sem provisão suficiente: só em parte entraria no mundo jurídico.

b)A *teoria da inexistência, como cheque, do cheque sem provisão,* deixaria aberta a possibilidade de existir e valer como *outro* negócio jurídico. Também aí surgiria a possibilidade do cheque só existente até o montante disponível; embora a existência como outro negócio jurídico pudesse abranger o quanto improvido.

c)Alguns, por adotarem, conscientemente, a solução *e),* outros, por lastimável confusão entre os conceitos de invalidade e de ineficácia, sustentaram ser nulo o cheque emitido sem provisão *(teoria da nulidade do cheque sem provisão).* Quanto ao que *dêle* entraria no mundo jurídico, fora o cheque em si, divergiam os escritores e a jurisprudência; mas, no mais razoável dos tesumos, era admitido, segundo e), que, nulo o cheque por falta de provisão, existiria e valeria como letra de câmbio, se satisfizesse os pressupostos para isso; se não preenchesse êsses requisitos mas houvesse crédito do passador do cheque contra o sacado no momento da emissão, seria e valeria como delegação; se nem letra de câmbio, nem delegação se compôs, o cheque sem fundo seria título de divida.

d) A provisão não é pressuposto da existência do cheque, nem da sua validade. O cheque sem fundos não é inexistente, nem nulo; é ineficaz contra o sacado *(teoria da ineficácia).* A provisão é pressuposto da eficácia do negócio jurídico de cheque entre o passador e o sacado. No art. 7,0, a Lei n. 2.591 diz: “Aquêle, que emitir cheques sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ficará sujeito à multa de dez por cento sObre o respectivo montante, além de outras penas em que possa incorrer”, O art. 79 remete ao Códiga Penal (1890), art.

388; hoje, havemos de entender feita a referência ao art. 171, § 2.0, VI, do Código Penal de 1941 *(verbis* “emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado”). No mesmo sentido, a Lei uniforme, art. 3.

Quanto ao passador do cheque, a ação nasce e perdura, se não havia provisão suficiente, ou se havia e se perdeu por culpa do passador do cheque. Se ação nasceu, por não haver provisão, o que se dá no momento mesmo em que expira o prazo para a apresentação, ou em

que se apresentou o cheque sem se obter pagamento, perdura ela como se apresentação e protesto tivessem ocorrido. Se havia provisão e não se apresentou, em tempo, o cheque, a ação nasce ao expirar o prazo e cessa ao perder-se, sem culpa do passador do cheque, a provisão. Se havia provisão e o portador, tendo apresentado, tempestiva-mente, o cheque, sem obter pagamento, não protesta, a ação só cessa quando a provisão se perde sem culpa do passador do cheque.

Na linguagem jurídica, convém eliminarem-se expressões que não têm a necessária precisão, ou dizem mais do que deviam dizer *(e. g.,* "a provisão é essencial ao cheque"), ou dizem menos. A provisão é suposta pela criação de cheques; não é essencial: nem é pressuposto de validade do cheque nem, com mais forte razão, de existência. O

cheque sem provisão existe e vale; apenas não leva a vinculação do sacado. Não na cria, porque não existia dever dêsse, ou só existia até a concorrência da provisão.

É inegável ao cheque ser instrumento de disposição e de vinculação. A autorização, que há no saque chéquico, diferen-. eia-o do saque cambiário e contém, em si, ato de disposição. No mais, lançado à circulação, o cheque desfruta o que, através do direito cambiário, se lhe estendeu. Tivemos o cheque ligado à moderna concepção do direito cambiário mais cedo do que

se diz. A lei de 1912 seguiu-se à lei cambiária de 1908, como, no século XIX, nascera, inserto no direito cambiário então vigente, o cheque anterior, moldado no direito inglês. Em verdade, se, por um lado, nos beneficiamos dos contactos comerciais, intensos, com a Inglaterra, a ponto de trapiches de firmas inglêsas darem a senhores de engenho de açúcar talões de cheque, segundo a lei e o modêlo brasileiro, por outro lado recebemos, com a influência do direito cambiário alemão e do austriaco, um quarto de século antes do chamado direito uniforme, o que fôra na Alemanha resultado de longas discussões. Aqui como lá, o cheque teve vida livre, a que as leis se referiam, de passagem. Pudemos esperar que o direito cambiário se cristalizasse para que pudéssemos legislar sôbre o cheque, exaustivamente. É compreensível que, durante a elaboração teórica, houvessem surgido as explicações ligadas a institutos conhecidos, como a cessão de crédito e o contrato a favor de terceiro, que levou ao principio, *que não temos,* "Não há cheque sem contrato de cheque",

fórmula célebre de O. CoHN. Durante

~sse tempo, a assinação *(Ánweisung)* passara a ser estudada a fundo, como que a emergir da delegação, do mandato e da autorização. Então, o cheque aparece como espécie escrita da assinação, no que êle é *posterior* à provisão e *anterior* ao titulo circulante em si.

3.DESTINAÇÃO OU ANTECIPAÇAO DOS FUNDOS DISPONÍVEIS.

As quantias suscetíveis de serem levantadas por meio de cheque são consideradas, em direito brasileiro, antecipações para adimplemento dos saques. Pagando os cheques para os quais há provisão, o banco não se faz credor, credita-se, libera-se da obrigação de restituir a soma, e o creditar-se apenas -significa que se subtraem à provisão as quantias pagas aos diferentes portadores ou ao mesmo. Procurou-se dar outra explicação, que seria a da compensação entre débito de restituir e crédito pelo pagamento; mas a artificialidade ressalta e tem o inconveniente de deixar de colhêr uma das características das contas exauríveis em cheques, que é a da destinação do débito de restituição. A antecipação não é inafastável, não se faz de uma vez por tOdas, irremediàvelmente; o que conta e o que tem o poder de dispor da provisão podem acordar em que se retire a autorização e que se cancele a antecipação,

.4

ou em que sOmente se cancele a autorização, bem que, em se tratando de conta corrente bancária, por ser implícita a autorização, se precise descambiarizar a conta corrente *(z* fazê-la conta corrente não-cambiária), para que se exclua, *ex nunc,* a antecipação. Certo é, porém, que a apresentação do cheque, com data anterior a essas desantecipações, cria problemas delicados: o banco, que descambiariza a conta corrente bancária, deve exigir a entrega dos talões não-usados, ou da parte não-usada do talão restante; se o não fêz, é-lhe dado pagar o cheque com o fundo da conta corrente não-cambiária, como ato que se refere à autorização tácita, por terem sido, à descambiarização, ressalvados os cheques já criados. A desantecipação, se a conta corrente é não-cambiária, ou se é relativa à abertura de crédito, é sempre feita ressalvados os cheques anteriores, ou tem o que autorizou a criação de cheques o dever de exigir a entrega dos talões não-usados, ou da parte não-

-usada do talão restante.

No Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências), o

art. 45 estatuiu: “As contas correntes com o falido consideram-se encerradas no momento da declaração de falência, verificando-se o respectivo saldo”. É de afastar-se, portanto, qualquer interpretação do direito brasileiro que dê à falência o efeito de *resolver* o contrato de conta corrente. O simples conhecimento de que ao passador do cheque se decretou a falência não cria ao sacado o dever de não pagar o cheque, nem lhe permite fazê-lo. O saldo, no momento da declaração de falência, não é definitivo, pois que podem surgir cheques de data anterior à falência, fora do têrmo legal, mas ainda apresentados dentro do prazo de apresentação. O cheque fora do prazo de apresentação e apresentado já após a falência não se presume antedatado, porém o sacado deve recusar-lhe pagamento, para que a justiça decida quanto à sua legitimidade.

4. ExTINÇÃO DA PROVISÃO. A provisão extingue-se *a)* se o que a tem a. retira, ou em negócio jurídico de direito comum, ou apresentando cheque, que a esgote; *b)* se o passa-dor de cheques a exaure com cheques que outra pessoa ou outras pessoas apresentam ao sacado; e) se o sacado se torna credor do dono da provisão, por soma ou somas que possam ser compensadas com o crédito da provisão; *d)* se há execução r



forçada dos fundos. A prescrição não extingue a provisão; à pretensão do dono dela apenas pode o sacado opor a exceção de prescrição, uma vez que não está êle incluído na classe de pessoas a que se refere o art. 168, IV, do Código Civil.

Se morre o passador do cheque, de modo nenhum êsse fato se reflete no cheque, que continua de ser eficaz. Assim no direito brasileiro, assim no direito uniforme, art. 33 (“Ni le décês du tireur ni son incapacité survenant aprês l‟émission ne touchent aux effets du chêque”). *Aliter,* o direito inglês (sec. 75, II), que permite o não-pagamento se houve notificação da morte do passador do cheque. A perda de eficácia pelo fato da morte teve sustentadores, embebidos de teoria do mandato, como D. SUPINO *(Delia Cambiale e deWAssegno bancario,* 406) ; mas não sofremos influência da literatura estrangeira a êsse respeito.

Lê-se no *Bule of Exchange Act* de 1882, sec. 75: “The duty and authority of a banker to pay a cheque drawn on him by his customer are determined by (1.) Countumand of payment (2.) Notice of the

customer“s death”.

Se o passador do cheque cai em falência, ou em liquidação, por ser banco, o cheque não sofre em sua eficácia se de data anterior à eficácia temporal da falência (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 22, 52-58).

Não temos a perda de eficácia do cheque, pela falência de quem o criou (sem razão, TITO FULGÊNCIO, *Do Che que,* 118, e THIERS VELoso, *Do Cheque,* 181; certo, PAULO DE LACERDA, *Do Cheque,* 70 s.). O argumento de que as contas correntes ficam encerradas com a falência (Decreto-lei n. 7.661, art. 45: “As contas correntes com o falido consideram-se encerradas no momento da declaração da falência, verificando-se o respectivo saldo”), é argumento que não desce ao fundo da questão; porque o pagamento pode ser feito pelo síndico, ou liquidante, uma vez que o cheque é anterior, O art. 8.~“ da Lei n. 2.591 existe: é tudo quanto se haja de alegar, como *quaestio inris.* É ao síndico que cabe objetar: *a)* que o cheque foi antedatado; *b)* que o cheque foi criado antes do tempo legal da falência, ou da liquidação, mas emitido já no período atingido pela falência, ou pela liquidação. O portador, protestando o título, pode propor a ação executiva.

*N*

Se o falido é o portador, o pagamento é à massa, e pode ser feita oposição ao pagamento (Lei n. 2.044, art. 22; Lei n. 2.591, art. 15) ; salvo se o cheque é impenhorável (Decreto

-lei n. 7.661, art. 41), *e.* g., foi recebido em pagamento, para sub-rogar crédito impenhorável. Se o cheque é ao portador, o sacado, sabendo que está falido quem o apresenta, pode recusar o pagamento.

Se a falência é do sacado, cabe ao portador, que não recebe o cheque, protestar e exercer a ação executiva contra os endossantes, os avalistas e o passador do cheque. Se foi visado o cheque, o portador tem de comparecer à falência do sacado. Se o sacado paga o cheque, incide o art. 40, § 1.0, do Decreto-

-lei n. 7.661.

O que se disse a respeito de abertura da falência e das liquidações coativas também se há de entender quanto ao concurso de credores civil.

CAPITULO IV

# DEPÓSITO BANCÁRIO, CONTAS CORRENTES E CRÉDITOS ABERTOS

## § 4.107. Conceitos

1.CoNCEITO DE DEPÓSITO. O contrato de depósito é contrato pelo qual alguém, depositário, se incumbe de guardar (custodiar) coisa móvel de outrem e entregá-la ao depositante. "Pelo contrato de depósito", diz o Código Civil, ad. 1.265, "recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que odepositante o reclame". No parágrafo único, acrescenta-se: "Ésse contrato é gratuito; mas as partes podem estipular que odepositário seja gratificado".

No direito comum, o depósito era sempre gratuito. Se intervinha no suporte fáctico remuneração, tornava-se contra-to de locação de serviços. No parágrafo único do ad. 1.265fala-se de poder ser gratificado o depositário; de modo

que,segundo a lei, o contrato de depósito não se desvirtua, não setransmuda em locação de serviços, se os contraentes acordamem gratificação ou remuneração.

Aqui, as duas expressõesequivalem-se. Em consequência, o contrato de depósito pode4ser contrato de depósito *gratuito* e pode ser contrato de depó-sito *remunerado.* Todo contrato gratuito de depósito é contratounilateral, porém nem todo contrato remunerado de depósito é bilateral, O contrato de depósito sêmente se bilateraliza se a remuneração é contraprestação: continua unilateral, ou imperfeitamente bilateral (O. vON (IIERKE, *Deutsches Privatrecht,* III, 730; O. WARNEYER, *Ko‟mmentar,* 1, 1.118), se a remuneração foi apenas para indenização de despesas a serem feitas, ou a título de auxílio à custódia. O contrato de depósito é contrato real, ainda que se bilateralize. Por isso mesmo, se por qualquer razão se não entrega a coisa, não é devida a remuneração; se, antes do tempo que se estipulou ao depósito, o depositante retira a coisa, a remuneração só ê devida em parte, proporcionalmente ao tempo da custódia.

No direito brasileiro, o contrato de depósito é *real.* Se apenas se acordou em que se tomasse a coisa, futuramente, em depósito, há pré-contrato de depósito; não contrato de depósito. A tal *pactum de desponendo,* que o Código Civil não regulou, concernem também, por analogia, os arts. 1.278 e 1.208, *in .fine* (para recusa de receber e depositar). Se a coisa já estava na posse do depositário pré-contraente, como se a vendeu ao pré-contraente depositante, com cláusula de constituto possessório, o pré-contrato torna-se contrato real, pelo adimplemento do *pactum de deponendo.* Na dúvida, o *pactum de deponendo* entende-se com dever e obrigação do que vai guardar, e não do que tem de entregar (O. VON GIERKE, *Deutsches Privatreeht,* III, 729, nota 10; P. OERTMANN, *Schuldrecht,* II, 830; sem razão, GoLDMANN-LILIENTHAL, *Das Bitrgerli.che Gesetzbuch,* 1, 714; C.

CROME, *Svstem,* II, 742, nota 12; F. SCHoLLMEYER, *Das Recht der einzelnen Schuldverhiiltnisse,* 141).

Objeto do contrato de depósito é somente a coisa móvel. No plano do direito privado, o depósito de pessoa ou de bens imóveis ou é contrato de locação de serviços, ou de obra (empreitada), ou mandato, ou de pensão e colégio (internato). No plano do direito público, é que há depósito de pessoa ou de imóvel *(e.* g., Código de Processo Civil, art. 675, X, 2.~ parte). Os.depósitos de imóveis e as situações jurídicas a que a lei faz corresponder a responsabilidade de depositário são regidos pelo direito público.

2. DEPÓsITo IRREGULAR. A respeito do mútuo, o Código Civil disse (art. 1.256) que é o empréstimo de coisas fungíveis. Falando de depósito, não estatuiu que há de recair em coisa não-fungivel, como o comodato (art.

1.248); aludiu à coisa móvel (art. 1.265, *verbis* "objeto móvel") e no art. 1.280 explicitamente enunciou: "O

depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acêrca do mútuo (arts. 1.256 e 1.264)". Pergunta-se: a) ~o art.

1.280 faz o contrato de depósito *não ser,* para ser o de mútuo; ou b) há depósito a que se aplicam regras jurídicas sObre o mútuo? A segunda proposição é que é verdadeira. Há o *depositum irreguiare,* que é depósito, e não mútuo: o depositante pode exigir, a qualquer tempo, o objeto do depósito, embora os riscos tenham passado, todos, ao depositário. A opinião *a),* que foi a de KONRAD COsÂcx *(Lehrbuch,* □

7 a ed., 1, 621) e a de CLóvís

BEvILÁQUA *(Código Civil comentado,* V, 19: "Não há, portanto, depósito *irregular,* no sentido do direito romano"), finalmente ruiu diante da verdadeira interpretação do § 700 do Código Civil alemão e do art. 1.280 do Código Civil brasileiro (cf. P. OERTMANN, *Sefluidrechi,* 839; O. VON GIERRE, *Deutsches Privatrecltt,* III, 737; C. CROME, *System,* II, 748, nota 1; E. MATTHIASS, *Lehrbuch.,* 1, 350). O receptor suporta os riscos, bem que o negócio jurídico seja mais no interêsse do depositante do que no interêsse do depositário, à diferença do mútuo, em que prima o interêsse do mutuário. Vir-se-á que não é mútuo, nem depósito; em verdade, porém, o elemento de custódia não desaparece. Não há mútuo, de modo que seria errado pensar-se em *contrato misto* (depósito ± mútuo), como F. SCHOLLMEYER *(Das Recht der einzelnen Schuldverhiiltnisse,* □

2 a ed., 136), ou

em *contrato especial,* como L. ENNECCERUS *(Lehrbuch,* II, § 391).

TErCEIRA DE FREITAS *(Consolidação das Leis Civis,* nota (2) ao art. 431) excelentemente disse: "O depósito voluntário é *regular* ou *irregular;* sendo o primeiro de coisas não-fungiveis e o segundo de coisas fungiveis. No primeiro, a sanção do Código Comercial, art. 258, pode dar-se em qualquer tempo, sempre que o depositante provar que o depositário usou do depósito; no segundo, tal sanção só é possível,

se o depositário ficar em mora de restituir a quantia ou a quantidade depositada. Tendo o depositante facultado ao depositário o uso do depósito, o contrato não se transforma em empréstimo; mas, quanto ao uso gratuitamente concedido, devem ser aplicadas as regras dêsse outro contrato".

No depósito irregular, o depositário é obrigado a restituir a coisa em igual quantidade *ejusdem generis;* somente não é obrigado a restituir *ia specie.* Na L. 24, D., *depositi vel contra,* 16, 3, tirou-se de PAPINTANO: "Lucius Titius Sempronio saiutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo". (Lúcio Tício saúda a Semprônio. Faço-te saber, por essa epístola, escrita de minha mão, para que o notes, que estão em meu poder as cem moedas que me confiaste, hoje, por entrega feita, de contado, pelo escravo Stichus, administrador; as quais eu te entregarei, quando queiras e onde queiras, imediatamente). Cabe, na espécie, a ação de depósito, comenta PAPINIANO; porque confiar *(commendare)* não é outra coisa que depositar. Se se convencionou que se restituisse outra tanta quantidade de moeda, em vez de as mesmas moedas, o negócio (jurídico) ultrapassa os conhecidíssimos têrmos do depósito (si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea tes depositi notissimos terminos), sem deixar de haver depósito. Tentou L. J.

NEU5TETETJ *(Rãmischrechtliche Untersuch,ungen,* 4 s.) ler o "egreditur ea res depositi notissimos terminos" e o "si depositi actio non teneat" como se afastassem tratar-se de depósito. Mas seria desatender a que se tem, no texto, o *commendare* como *deposit are* e a que a L. 25, *§* 1, D., *depositi vel contra,* 16, 3, também tirada de PAnmANO, foi explícita: "Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est". O que inverteu em seus próprios usos o dinheiro depositado, em seu poder, em pacote sem sêlo, para que lhe devolvesse, outra tanta quantidade, há de também ser condenado nos interêsses, no juízo de depósito. PAULO, na L. 26, § 1, li, *de»ositi vei contra,* 16, 3, depois de narrar que Lúcio Ticio recebera e tinha em seu poder dez mil denários de prata, que se vinculara a entregar, pagando interêsses, notou que tal contrato excedia o modo do depósito de moeda (eum contractum, de quo quaritur, depositae pecuniae modum excedere), mas admitiu pedirem-se, na ação de depósito, os interêsses. O êrro de

L.J. NEUsTETEL foi o de muitos de hoje: estar preocupado com a transferência dos riscos; não prestar atenção: a) à inadinissibilidade da

compensação, que seria irrecusável em se tratando de mútuo (os banqueiros de hoje como os argentários, os mensulários e os numulários de outrora, sabem que não podem tirar o dinheiro da conta corrente para cheque, e com êle pagarem-se de letra de câmbio e notas promissórias ou duplicatas mercantis) *; tiO*

*à* inadmissibilidade da *eace~ptio non numeratae pecuniae* (L. 14, § 1, C., *de non numerata pecunia,* 4, 30); o *privilegium exigendi,* de que, embora exíguo em certas legislações, gozam os créditos por depósitos em argentários, mensulários, numulários e banqueiros (A. C. J. SCHMLD, tiber das *depositum irregulare, Archiv flir die civilistische Pra* XiS, 30, 83 s.).

3. DEPÓSITO BANCÁRIO. O depósito bancário é a mais relevante das operações dos bancos. Por êle põe-se à disposição do depositante a provisão, o fundo disponível a que se refere a lei sôbre cheques. Se é, no sistema jurídico brasileiro, *depositum irregutare,* ou contrato *de crédito,* mútuo que o mutuante ofereceu, depende do exame da legislação civil, comercial e especial.

## § 4.108. Depósito bancário no direito brasileiro

1.ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO. O depósito bancário, no direito brasileiro, é *depósito irregular.* O

sistema jurídico brasileiro sempre teve o depósito irregular, subespécie de depósito, e não mútuo. No depósito bancário, como em todo depósito irregular, o depositário tem o dever de restituir o *tantundem,* quando o queira o depositante, ainda que o contrato seja a prazo. A restituição é no domicílio do depositário, despesas por conta do depositante. Não há a incidência do art. 1.010, e sim a do art. 1.015, II, do Código Civil brasileiro, sôbre incompensabilidade. A redução do depósito bancário ao mútuo eliminaria diferença econômica, técnica e jurídica, *que existe,* inapagável, e seria de sérios inconvenientes eliminar-se. Ninguém pode deixar de ver a distença entre o empréstimo de *x* ao banco e o depósito de *x* ao mesmo banco. Se não bá guarda, no mútuo, não se pode sustentar que o banco de depósitos até certo ponto não guarde. No mútuo, a disponibilidade da coisa pelo depositário é essencial; no depósito irregular, inclusive no depósito bancário, a disponibilidade pelo deposi tário há de ser tal que não exclua a disponibilidade pelo depositante: o depositário pode dispor desde que assegure a disponibilidade pelo depositante. Ora, êsse elemento é de guarda, de custódia, pôsto que a organização e as

operações bancárias permitam custodiar, a despeito da fungibilidade do bem depositado e da sua disponibilidade técnica. O depósito irregular não é contrato de crédito pessoal; seria contrato de crédito real. É verdade que nos depósitos bancários a prazo fixo e de aviso o elemento direito à provisão se dilui, sem, todavia, desaparecer; nos depósitos à vista, a atualidade do direito à provisão é ressaltante. O depósito bancário, que permite a criação de cheques, é o contrato de depósito irregular, pelo qual alguém dá ao banco, ou o banco considera como entregue, quantia sôbre a qual o depositante tem poder de dispor portanto, de atribuir a outrem o direito à provisão, ou parte dela, usando cheque. A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente *quando* o depositante o entenda. Se o depositário tem a propriedade, é propriedade *limitada* pelo poder de dispor, que tem o depositante. Situação semelhante é a do marido que pode dispor dos bens móveis comuns, sem que se possa dizer que a mulher perdeu a propriedade. É bem exígua a propriedade que se transfere, retendo-se a disponibilidade *(de positum irregulare);* porém não no é menos a da mulher casada, quanto aos bens móveis de que o marido pode dispor. O direito depositado é dinheiro que se transferiu, *retido o poder de dispor.*

De nenhum modo se poderia pensar em espécie de mútuo. O depositante pode dispor e dispõe, a despeito da entrega, sem ser em depósito simples; o depositário pode dispor e dispõe, a despeito de estar exposto ao ato de disposição por parte do depositante.

2.ESPÉCIE DE DEPÓSITO IRREGULAR. Em relação aos outros depósitos irregulares, o depósito bancário tem a característica subjetiva de ser com depositário profissional, que se dedica a tais operações em massa, o que lhe facilita a solução prática do problema técnico-econômico dos dois podêres de disposição. O banco tem o poder de disposição sôbre *x, 9, 9"; c*ada depositante sôbre *x,* ou sôbre 9, ou sôbre *9"; d*e modo que, se o banco só dispõe de fração de x + *9* + *9",* o seu poder de dispor não fere o poder de dispor dos que depositaram z, 9 e *x",* pois que nem todos os depositantes dispõem *simultaneamente* .

O contrato de depósito irregular é contrato *unilateral:*

os deveres e obrigações são do depositário; por isso mesmo não tem êle a ação de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), nem a exceção *non adimpleti contractus* <art. 1.092). É contrato *real:* só se perfaz com o encaixe no banco, ou no patrimônio

de outra pessoa que seja depositária. De regra, é *oneroso,* porque produz interêsses. Na dimensão econômica, o depositário-banqueiro, pois que tem consigo o depósito, dêle dispõe, com preterição eventual do depositante; na dimensão jurídica, o poder de dispor, que tem o depositante, passa *à* frente.

PRESSUPOSTO EFICACIAL DA AUTORIZAÇÃO

§ 4.109. Autorização de saque e seu conceito

1.PROBLEMA DE TÉCNICA JURIDICA LEGISLATIVA QUANTO Á RELAÇÃO PRÉvIA ENTRE O

SACADO E O PASSADOR DE CHEQUES.

Como a respeito da provisão, a técnica jurídica *de jure condendo* tinha diferentes caminhos a seguir: *a)* dispensar qualquer ato do sacado, que se pudesse interpretar como autorizativo, desde que as leis penais fariam entrar no mundo jurídico, como ato ilícito absoluto, como crime, o ato criativo do passador de cheque sem provisão; *b)* a exigência da autorização como pressuposto da existência do cheque, o que iria refletir-se, gravemente, na vida circulatória do cheque, sem se admitir a entrada de tal titulo no mundo jurídico como letra de câmbio, ou como instrumento de delegação, ou simples título de divida; o) a exigência da autorização como pressuposto de validade, ficando ao direito comum e ao direito cambiário dizerem sôbre a existência e validade do cheque que a lei sôbre cheques reputa nulo; á) a exigência da autorização só-mente no plano da eficácia e somente *contra* o sacado.

Há de pré-existir à criação do cheque a *permissão,* expressa ou tácita, de o criar. Quem o cria exerce direito, que lhe foi outorgado. Quem é o sacado vinculou-se a respeitar o cheque que se crie, dentro do que foi acordado e nas fôrças da provisão. Justifica-se tal exigência porque seria vexatório ter-se de atender a cheque que não se esperava fôsse criado. Não se precisa, para a justificação da necessidade de autorização, recorrer a argumentos pertinentes à delegação.

A entrega do livro de cheques é autorização tácita. Nada obsta a que a

emprêsa permita que criem cheques, conforme os pressupostos legais, a qualquer acionista que tenha dividendos a receber, ou quotas de benefício, ou saldos.

De ordinário, a permissão de criar cheque está implícita no depósito irregular, que se faz em casa contra a qual se podem criar cheques (E. JACOBI, *Wechsel und Scheclcrecht unter Beriicksichtung des ausutndischen Rechts,* 402).

Tem-se introduzido em tais acôrdos a cláusula de assumir o passador dos cheques os riscos que derivem de deixar o livro de cheque em lugar inadequado, que permita criação falsa, ou qualquer que seja sua diligência ou o seu cuidado. Ora, tratando-se de portador legitimado, pela posse ou pela posse mais a série continua de endossos, o sacado tem de pagar o cheque, se era permitida a criação e se há provisão. Se o sacado não procede de boa fé, ou se procede sem observância da diligência profissional que o seu ramo de negócio exige, a pessoa em cujo nome foi criado o titulo tem ação contra o sacado não diligente. A cláusula que nada tem com o cheque em si é de quase nenhum alcance. Não seria mais do que explicitação da responsabilidade do possuidor de livro de cheques, que não o custodia. Não se poderia atribuir eficácia de pré-eliminar a responsabilidade do sacado em caso de culpa.

2.AUTORIZAÇÃO PARA CRIAÇÃO no CHEQUE. Para se criar o cheque, é preciso que tenha havido a autorização do sacado à criação de cheques, quanto a determinados fundos disponíveis, ou que essa autorização esteja implícita, por se tratar de *conta corrente bancaria.* A autorização pode ser expressa, ou tácita, ou manifestada em virtude das circunstâncias A autorização implícita, por serem em conta corrente bancária os fundos disponíveis, é inconfundível com a autorização expressa ou tácita, que induz, por exemplo, da entrega de talões ao titular do direito dos fundos disponíveis, ou a alguém que o represente. A entrega ao servidor da posse é entrega ao titular do direito aos fundos disponíveis.

A entrega dos talões não é ato de autorização, mas ato de adimplemento preparatório. Tem igual significação se a autorização foi implícita ou explícita (expressa, ou tácita). Mas, com a entrega dos talões, dá-se meio de prova da existência da autorização tácita, se não há autorização expressa ou implícita. Se há autorização implícita, a prova, que com isso se pode dar, é da existência da conta corrente bancária.

A *autorização para criar cheques* é exigida pela lei, no art. 1.0, § 2.0; salvo se há conta corrente bancária, porque, ai, já está, por lei, implícita. Se a conta corrente é derivada de outro negócio jurídico que o de conta corrente bancária, isto é, se não foi em banco, ou se, sendo em banco, não cabe no sentido estrito de conta corrente bancária, ou se a soma disponível provém de abertura de crédito, é preciso que preceda à criação de cheques a autorização para os criar. Uma das conseqUências de se dispensar a autorização explícita, em se tratando de conta corrente bancária, está em que se entende movimentável por meio de cheques a conta corrente, podendo o titular do direito à provisão fazer o cheque, ou exigir o talão de cheques. Inclusive lançando mão do preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 802, XII), ou fazendo o seu cheque. Se, nas espécies *a)* e *lO* do art.

1.0, § 1.~, o beneficiado pela conta corrente não-bancária, ou pela abertura de crédito, não obteve autorização para criar cheques, a criação de cheques é ineficaz para dêles irradiar-se, com a apresentação, a obrigação do sacado de pagar os cheques.

Não há o pressuposto, ainda eficacial, do *contrato* de cheque, ou do *contrato de autoriza $o.* A autorização pode ser em ato unilateral do sacado, ou estar implícita no contrato de conta corrente bancária, ou resultar de manifestação unilateral tácita do sacado. As circunstâncias mesmas podem configurar a autorização, como se a provisão é para ser levantada em pagamento imediato a terceiro. Por outro lado, o pagamento do cheque, para cuja criação não houve prévia autorização, contém, excetuada a ressalva de respeito do título como letra de câmbio, ou como assinação, a autorização.

## § 4.110. Extensão e falta da autorização

1.EXTENSÃO QUANTITATIVA DÁ AUTORIZAÇÃO. Toda autorização para se criarem cheques se refere à provisão. Se se trata de conta corrente bancária, *até* que se feche a conta corrente, definitivamente; ou até que se esgote a provisão,se o esgotamento dela implica, segundo os têrmos do contrato „de conta corrente, fechamento dessa. Aqui, é de tôda a conveniência evitar-se o êrro, em que muitos incorrem, de se entender que a autorização para se criarem cheques é somente para o tempo em que exista provisão. Confundem-se o pressuposto eficacial da provisão e o pressuposto eficacial da autorização. É preciso que se haja ligado à provisão a autorização. Enquanto não se fecha a conta corrente bancária, há autorização,

porque essa é implícita no contrato de conta corrente bancária, e não na existência de provisão. Tratando-se de outras contas correntes, ou de abertura de crédito, a autorização expressa ou tácita é ligada à existência de conta corrente, ou de abertura de crédito, e não à existência de saldo que baste. Os dois pressupostos, o da provisão e o da autorização, são autônomos.

Se a autorização, relativa a conta corrente não-bancária, ou a crédito aberto, é somente para um cheque, ou sómente para alguns cheques (dois, três, quatro), dentro das fôrças da conta, ou de valOres predeterminados (cem mil cruzeiros; vinte, quarenta mil cruzeiros), exaure-se com o pagamento do cheque, ou do cheque que esgote a provisão. As contas correntes bancárias não se prestam a essas qualificações, por ser implícita a autorização. Na prática, as quantificações prestam relevante ajuda à *destinaçáo* dos créditos, quando se abrem contas correntes não-bancárias, ou se abrem créditos, e só se quer que as resmas sejam empregadas em determinados atos jurídicos aquisitivos, ou extintivos, ou em obras. O banco A abre, por exemplo, o crédito de x milhões para E comprar o prédio tal, e autoriza a criação e emissão de cheque (ou tantos cheques) a favor do proprietário vendedor. A extensão é, então, limitada, quantitativa e qualitativamente.

Se é certo que a tôda conta corrente bancária corresponde autorização implícita para a criação de cheques, também é certo que o banco pode exigir que os cheques sejam os dos seus talões e conforme côres, ou outros sinais, que estabeleçam espécies de talões que se refiram a espécies de contas correntes bancárias. A exigência, por parte do banco, não pode ir a ponto de elidir ou cercear o direito e a pretensão a receber talões. Se o banco nega ou dificulta tal entrega, tem o titular do direito à provisão o preceito cominatório do art. 302, XII, do Código de Processo Civil, e o de criar, segundo os pressupostos legais, o cheque.

2.EXTENSÃO QUALITATIVA DA AUTORIZAÇÃO. A autorização para a criação de cheques refere-se a certa conta corrente não-bancária, ou a duas ou mais contas correntes não-bancárias, ou a quaisquer contas correntes não-bancárias a favor do passador de cheques. Se não há a autorização unitária e o passador de cheques, que não tem mais fundos suficientes na conta A, cria cheque que somente poderia ser pago pela conta corrente não-bancária B, o pagamento do cheque pelo sacado contém autorização para essa criação, originâriarente irregular. Se êsse pagamento implica autorização para continuar de sacar sôbre a conta corrente E, é questão de interpretação. Se o passador de

cheques tem duas ou mais contas bancárias, para as quais se usem talões diferentes de cheques, tem-se a criação de tais talões como diferenciação da forma do exercício do direito de criar cheques. Para qualquer das contas correntes bancárias, o titular do direito sObre es fundos tem autorização implícita: a diferença de talões apenas regulariza, entre sacado e sacador, o exercício da autorização implícita. Se uma das contas correntes é bancária, a criação de cheque, por só haver fundos na conta corrente não-bancária, para a qual não houve autorização, é ineficaz contra o sacado, que pode respeitar o saque, em expressão ou tacitude *posterior* de autorização.

A autorização é para pagamento de cheque, e não para que de prestação de gênero. Donde a conseqUência: pode a autorização, segundo a interpretação, que caiba, ser pré--excludente de qualquer outro saque, o que não se presume;ou não no ser. Se o é, somente por meio de cheque pode o titular do direito à provisão lançar mão dessa.

8. FALTA DE AUTORIZAÇÃO. Se existe provisão suficiente, mas falta a autorização para se criar o cheque, o cheque ~ *ineficaz* contra o sacado. rode existir a autorização e faltar a provisão, ou ser insuficiente. Para as relações entre o sacado e o sacador, o pagamento do cheque ineficaz significa, se falta provisão, ou se é insuficiente, que o sacado *emprestou* ao passador do cheque. A despeito disso, pode caracterizar-se o crime do art. 171, § 29, VI, do Código Penal. Quanto à autorização, não: o que passa cheque sem autorização, mas tendo fundos disponíveis em conta corrente não-bancária, ou em abertura de crédito, não comete o crime do art. 171, §

2?, VI, do Código Penal; o pagamento é meio de prova de que houve autorização tácita. A lei penal pode considerar crime o emitir cheque sem autorização; verdade é, porém, que o Código Penal não no fêz: só se considerou a falta de provisão, tendo-se por provisão o fundo constante de conta corrente bancária, ou saldo exigível de conta corrente contratual, ou a soma proveniente de abertura de crédito. De modo que não é crime a emissão de cheque, se há provisão suficiente, tendo deixado de ser cambiária a conta corrente, ou tendo cessado a autorização concernente àconta corrente não-bancária, ou o crédito aberto. *De lege* .1 *erenda,* a regra jurídica do art. 171, § 2.0, VI, do Código Penal poderia ser mais explícita, com vantagens para a técnica legislativa e maior abrangência da figura penal.

4.VINCULAÇÃO DO SACADOR. Quer tenha havido provisão ao tempo da criação e ao tempo da apresentação, ou só ao tempo da

apresentação, ou não tenha havido, vinculado está o sacador. Na Lei uniforme.

art. 12, estatui-se: “Le tireur est garant du paiement. Toute clause par laquelle le tireur s „exonêre de ceife garantie est réputée non écrite”. A expressão “garant” é inadequada. Também no direito brasileiro, vige o princípio e qualquer cláusula que pré-exclua a responsabilidade do sacador é reputada não escrita.

„É

À

CAPÍTULO VI

FORMA E PROVA DO CHEQUE

§ 4.111. Pressupostos de forma

1.RIGOR CAMBIARIFORME. O cheque é protegido em virtude de interêsses gerais, interêsses do *alter*. Para tal proteção criou-se o rigor cambiariforme do cheque. Tal rigor concerne a pressupostos subjetivos, essenciais à formação do titulo, da existência e validade da declaração unilateral de vontade de quem cria o título, que é o passador, da determinação da quantia que há de ser paga, sem qualquer ligação com o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, e da responsabilidade solidária, estritamente regulada, de todos os figurantes, além dos requisitos ditos essenciais de forma, até o direito de regresso exercível durante certo tempo, a executividade da ação, as limitações de defesa, a brevidade do prazo prescripcional e o afastamento, relegando-se a outros ramos jurídicos, de todos os laços e declarações unilaterais de vontade que não caibam no direito especial sôbre cheque.

A *forma* exerce papel primacial. Porém isso não quer dizer que se não possa, ou não se deva separar do trato da formalidade rigorosa do cheque o trato dos pressupostos não-formais. Quase sempre, fundo e forma estão em intima correlação. Basta pensar-se em que a simples subscrição é ponto capital do sistema de rigor formal, assim do cheque como dos outros títulos cambiários e cambiariformes.

2. APARÊNCIA E EFICÁCIA. Se a subscrição do cheque não se revestiu da aparência, que a lei exigiu, ou se qualquer outra declaração de vontade, durante a circulação, não apareceu como a lei prevê, não há pensar-se em irradiação de efeitos cambiariformes.

## § 4.112. Cheque e negócios jurídicos unilaterais

1.DECLARAÇõES DE VONTADE NO CHEQUE. A declaração de vontade, quer do passador do cheque, quer do endossante, quer do avalista, somente entra no sistema jurídico do cheque, se foi observada a forma essencial.

A primeira exigência é de haver ato unitário de cheque, isto é, o cheque como todo. Os atos jurídicos singulares, como o endôsso e o aval, ainda que formalmente perfeitos e incólumes a qualquer elva de invalidade, não existem, se o ato unitário do cheque não existe, ou não valem, se o ato unitário do cheque não vale. Válido o ato unitário, o ato singular pode ser inexistente, nulo, ou ineficaz, sem que se contagie ao ato unitário ou aos outros atos singulares.

A respeito dos cheques incompletos, inclusive dos cheques sem assinatura do subscritor, não se pode dizer que o cheque não existe: não existia sem a assinatura, existe quando se apuser a assinatura; mas as declaracões unilaterais de vontade, que fazem o endossante e o avalista, *existem* e apenas a sua eficácia depende da assinatura do criador do cheque.

2.INTERPRETAÇÃO DO CHEQUE. A interpretação do ato unitário do cheque e dos atos singulares nêle contidos é intima-mente ligada à forma. Dai ter o juiz de ater-se ao que foi declarado ou ao que, em virtude de regra legal dispositiva ou interpretativa, se há de entender. O teor é que importa. O que dissemos sôbre a letra de câmbio tem, aqui, como em tudo -mais, tOda a pertinência.

a. PROVA. Na prova documental está a base da forma cambiária ou cambiariforme e do seu rigor. Todos os atos concernentes ao cheque, quer o unitário, quer os singulares, se expressam em documento. Bem que a exigência de forma pré-exclua que se substitua pela prova por testemunhas, ou outras, a prova documental, pode-se usar de outra prova que a documental para se provar a existência do cheque. Por outro lado, se se tem de provar a posse do título, a transmissão da

posse, ou a perda da posse, ou qualquer outra situação possessória, é o direito comum que rege os meios de prova. Se, entre figurantes em contacto, alguma objeção ou exceção se admite, oriunda do direito comum, é o direito comum que rege os meios de prova. Outrossim, quando se tem de provar fato, inclusive o uso comercial.

Nenhuma prova, nem mesmo a documental, é admissível quando se quer alterar o conteúdo objetivo do título, ou as cláusulas formais aparentes. Em conseqUência, também não se admite qualquer prova com o fito de servir à interpretação de uma cláusula, se deve ela, por direito cogente, ser formal e literal. Todavia, quando se admite modificação de cláusulas formais por meio de atos não-formais, cessa a proibição.

4. "TRAVELLER"S CHECK". O cheque turístico, dito, em inglês, *traveiler"s cheek,* é cheque bancário ou cheque circular, concebido de modo que se tornem difíceis a circulação irregular e o pagamento, no caso de se perder ou de ser furtado. O subscritor é instituto bancário ou companhia de viagem com saque contra as suas sucursais, ou filiais, ou bancos ou emprêsas com que tenha negócio jurídico de autorização para saque. É, pràticamente, substituto do dinheiro, sem que se possa pensar em infração das leis que proibem títulos que concorram com a moeda em circulação. Aliás, a moeda que se há de prestar é a do Estado em que se autorizou a criação de *traveller"s cheeks.*

No cheque turístico há muito de cheque e de carta de crédito, sem que deixe de ser título cambiarifornie. Provém dos Estados Unidos da América, em 1891. Onde há afluência de turistas, o cheque turístico fâcilmente se impõe.

Ocheque turístico bancário e o cheque turístico circular são espécies do cheque turístico.

Caracteriza o cheque turístico a essencialidade de dupla firma do tomador, para que se lhe verifique a conformidade. A firma do endOsso tem de conferir com a firma que se após no anverso do cheque. Se é o próprio tomador que exige a quantia, a firma da quitação, tem de conferir com a firma aposta no anverso do cheque. É de praxe, em tal caso, exigir-se que o tomador, ao receber ou ao endossar, também deixe no anverso outra firma, dita *firma. de identificação* ou *contra firma.* Portanto, três firmas.

Se o cheque turístico pode ser ao portador, é questão que só se pode

resolver com a consulta do direito estatal que o rege. *De iure condendo,* não há contra-indicação, porque a exigência da dupla firma não impede o endôsso ao portador. Se a exigência da dupla firma no anverso é pressuposto de eficácia, ou apenas medida de prudência, também é questão que depende do direito que rege o cheque turístico.

A *contrafirma* apõe-se quando o entende o tomador, a risco seu; o que importa é que já tenha sido lançada no momento da apresentação. Ao adquirente de boa fé não pode ser oposto que o cheque turístico fôra perdido ou furtado.

Quanto à *firma de confronto,* também ela pode ser aposta a qualquer momento, porém necessâriamente antes da apresentação do cheque turístico.

Se, além dessas firmas, é de mister a de alguém, estranho ao cheque turístico, para que se efetue o pagamento, responde o direito que rege o cheque turístico. Tal exigência há de constar da aparência do cheque, porque, se da aparência não consta, foi apenas cláusula de negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, que não pode ser alegada contra possuidor de boa fé.

O adquirente de boa fé há de exigir a dupla firma, cabendo-lhe a conferência.

## § 4.113. Fatos que atingem o cheque como título-valor

1.ALTERAÇõES E DESTRUIÇÃO. O cheque é suscetível de alterações, que não o destruam, e de alterações que importem destruição. A destruição mesma pode ser parcial e não causar revogação da declaração de vontade.

Se o cheque não se completou e passou às mãos de outrem que o seu criador, tem-se de indagar se a destruição ou alteração exclui a eficácia. O primeiro princípio que se tem de considerar é o de que a destruição, o cancelamento e o apagamento dos dizeres, quaisquer que sejam os processos, para que signifiquem *revogação* (ou, melhor, retirada da vontade suficiente), precisam ser feitos pelo criador do título, ou por alguém em nome dêle, quando *ainda* se acha em posse dêle o cheque, ou lhe volve às mãos como sua, ou, achando-se em posse de outro, êsse outro não tem direito sôbre ela, O direito de cancelar a declaração singular (o endôsso e o aval) não contém nenhum elemento que seja elemento do direito de cancelar ou de destruir o título.

2. ATos DE DISPOSIÇÃO ORIUNDOS DO POSSUIDOR. O cheque destruido ou cancelado nas partes essenciais não mais é cheque. Tal o segundo principio. Devemos, porém, ter sempre presente que a destruição ou cancelamento pelo que não criou o cheque e está de posse dêle, legitimamente, importa derrelicção da cártula, com a conseqUente renúncia ao direito à provisão; porém a destruição e o cancelamento por quem não tenha a posse do cheque não podem ter a conseqUência derrelictiva e de renúncia. Assim, a) a destruição propositada ou o cancelamento propositado pelo criador do título quando dêle já constam outras declarações chéquicas, ou, nas mesmas circunstâncias, pelo possuidor, não autoriza a que aquêle faça ou que êsse obtenha, daquele, nôvo título, em que lancem as suas firmas vinculados do primeiro tôdas as obrigações chéquicas se extinguiram; b) se o possuidor prova a legitimidade da sua posse e a ilicitude do ato do criador do título ou de outrem, que o destruiu ou cancelou, a lei mesma dá-lhe meios para documentar o seu direito; *c)* a destruição e o cancelamento casuais, devidos ao possuidor, não têm efeito de extinção do cheque; *d)* a destruição ou o cancelamento pelo possuidor, que seja a destruição ou o cancelamento do título, quer seja a destruição ou o cancelamento de uma declaração, elide o direito do possuidor (ocasionalmente, contra si mesmo), e só tem efeito de destruir a vinculação (é possível que subsistam as vinculações de direito comum, ou de outro direito, oriundas do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente). É preciso que a ofensa ao título seja de ordem que permita crer-se na extinção da significação jurídica, como é preciso que tenha havido a vontade de extinção. Noutros têrmos: que a *vondade* de destruir ou de cancelar *apareça.* Se aparece, não basta, para se excluir o dado objetivo, que se diga, ao lado, “por engano”, “por êrro”, “por inadvertência cancelado”. Cheque que perdeu a aparência de completo e sem defeitos é cheque que exige se lhe prove o que contém. Todavia, há linha divisória: se o defeito, ou o cancelamento (êsse tantas vêzes permitido, como veremos noutros lugares), ou o acréscimo deixa que se reconheça o texto originário do cheque, sem alteração que lhe seja essencial, a eficácia subsiste. Se o criador do cheque entende que não, tem de mostrar que a modificação não existia ao tempo da criação e o ônus por certo lhe cabe. As retificações ou correções que não deixam dúvida são permitidas. As raspagens de lançamentos, no dorso do cheque, não lhe tiram o caráter chéquico, desde que os requisitos legais foram satisfeitos. Ainda no contexto do cheque, não o tornam ineficaz, desde que a vontade esteja suficientemente expressa.

8. COMERCIALTUADE DO CHEQUE. O cheque é titulo comercial,

como a letra de câmbio, a nota promissória e a duplicata mercantil. É operação bancária ou comercial, pela coloração que lhe dá a emprêsa contra a qual se saca. Não só o negócio jurídico de que resultou poder-se criar cheque é negócio jurídico comercial. A retirada do dinheiro que se tem, disponível, no banco ou noutra emprêsa comercial que possa entregar livro de cheques e permitir o saque chéquico, é ato regido pelo direito comercial. Não importa a cláusula que contenha (à ordem, ao portador ou nominativo). Alguns sistemas jurídicos, como o belga (LOUIS

FREDERTCQ-RAUL DEBACKER, *TraiU de Droit Coinmercial belge, IX,* 899), reputam sem caráter comercial o cheque nomipativo. É levar-se demasiado longe a diferença da circulabilidade.

O cheque não se destina a ser *descontado* pelo sacado. O desconto é apenas negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre criador do cheque e tomador, ou entre endossante e endossatário.

O cheque ao portador tem função semelhante, porém não igual ao bilhete de banco, onde se permite. O bilhete de banco ou é moeda, ou quase-moeda. O cheque apenas dá direito à provisão; e tem prazo para a apresentação.

A segurança do pagamento é evidentemente maior para o cheque, que supóe ter havido a provisão, do que para a letra de câmbio, que é puro titulo de crédito. Daí as penalidades para quem cria cheque sem fundo (cf.

SCHELTEMA ET WIARDA, *Wisset en Chêquerecht,* 43 ed., 462 s.).

A natureza do cheque ressalta para quem o compare com os outros títulos. É de repelir-se a afirmativa de JACQUES BOUTERON *(Le Chê que,* 147) quanto a êle não ter natureza própria.

VONTADE SUFICIENTE

§ 4.114. Criação do cheque e declarações de vontade insertas

1.DECLARAÇÃO DE VONTADE NO CHEQUE E FORA DO CHEQUE.

Uma vez que se parta de ser *abstrata* a declaração de vontade no cheque, simplifica-se o problema da estrutura jurídica do instituto. O problema da proteção aos possuidores de boa fé é comum à letra de câmbio, à nota promissória, à duplicata mercantil, ao cheque, ao título ao portador e, de regra, aos títulos endossáveis. A vontade tem de se expressar no cheque, mas, por isso mesmo, o que se expressa pode ter tôda eficácia e ficar incólume às alegações de invalidade se, ainda que em momento posterior, o que declarou encheu de vontade, vàlidamente, a declaração. Se o incapaz assinou o cheque, ou o endossou, e, tornando-se capaz, deixou que os possuidores de boa fé tivessem por válida, desde o início, a declaração, não mais se pode pensar em decretação de invalidade da declaração de vontade inserta no cheque.

Quem apõe assinatura no cheque declara vontade. O conceito de manifestação de vontade, no direito sôbre cheque, é o mesmo que se tem em todo o direito cambiário e cambiariforme.

O ato de criação do cheque é ato em que se observa a forma tida como suficiente e se insere vontade também tida como suficiente. A respeito das regras de forma e de fundo, a lei é cogente, salvo nos poucos pontos em que se fêz dispositiva a regra jurídica.

2. RESERVAS MENTAIS. No cheque, nenhuma reserva mental pode ter relevância. Aliás, se, em direito comum,o motivo se pode tornar relevante, tal relevância não pode ocorrer, em se tratando de direito cambiário ou cambiariforme. Se houve pacto *de non petendo,* é êle estranho ao direito sôbre cheque, como se dá a propósito dos outros títulos cambiários e cambiariformes. O que pode acontecer é que, entre figurantes em contacto, o direito comum venha à tona; porém isso nada tem com o cheque, em sua abstração, em sua eficácia e em sua vida circulatória.

3.DECLARAÇÃO DE VONTADE DE CRIAÇÃO DO CHEQUE; IRREvOGABILIDADE. Discute-se se é revogável a declaração de vontade lançada no cheque. A confusão que se alastrou, a respeito do assunto, revela graves deficiências de teoria geral do direito. A declaração unilateral de vontade do passador do cheque é irrevogável se o cheque não mais se acha, ou não se acha de nôvo, nas suas mãos, ou não está em mãos de possuIdor de boa fé. O que se pode discutir é *qual* a atitude que há de tomar o sacado se o passador do cheque lhe transmite contra-ordem de pagamento, por ter-lhe sido subtraído ou ter sido havido por alguém, com abuso de confiança, o titulo. Não há, aí, própriamente, contra-ordem (o que suporia ser o cheque titulo de

mandato), nem, tão-pouco, revogação da declaração de vontade, mas sim argUição de ter sido roubado, furtado, ou extraviado, o cheque, pretensão que o passador do cheque tem, *como qualquer possuidor.* A concepção de declaração unilateral de vontade revogável, no cheque e na letra de câmbio, ou na duplicata mercantil, por declaração ao sacado, é a todo ponto fora dos princípios e, pela impropriedade das expressões, ridícula. O argumento de que o sacado é mero depositário do dinheiro do sacador, de jeito que êsse dispõe e deixa de dispor do que é seu, como quer, nem atende à irrevogabilidade dos atos de disposições, nem a que o cheque está sujeito aos princípios de proteção do *unus ex publico:* se o cheque fôsse revogável contra o tomador, sê-lo-ia contra os endossatários e contra o próprio banco, onde foi depositado, em conta de alguém, ou do próprio banco, se tem de ir à câmara de compensações de cheques *(clearing houses).*

Oproblema toma aspecto diferente se se esgotou o prazo do art. 4$ da Lei n. 2.591 (Decreto n. 22.924, de 12 de julho de 1933, artigo único), porque o portador perdeu tôdas as ações contra os endossantes e avalistas, e a sua ação contra o passador do cheque é dependente do direito do portador ao valor do cheque.

A contra-ordem tem de ser acompanhada da ação de amortização, nos têrmos do art. 36 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908. A declaração unilateral de vontade do passador é irrevogável; pode êle tomar as providências que tomaria aquêle a que se subtraiu letra de câmbio ao portador, ou com o nome do portador. Após o prazo de apresentação, o sacado não está no dever de pagar, se o passador lhe dá aviso, pois não estaria êsse liberado, se o pagasse sem no dever pagar. A Convenção da Haia, art. 17, empregava, erradamente, o têrmo "révocation", mas para só admitir a contra-ordem após a expiração do prazo: "La révocation du mandat contenu dans le chêque n‟a d‟effet qu‟après l‟expiration du délai de présentation. Si le tireur ou le porteur a donné avis au tiré, que le chêque a été perdu ou acquis par un tiers, à la suite d‟un acte frauduleux, le tiré qui paye le chêque n‟est valablement libéré que si le détenteur du chêque prouve qu‟il l‟acquis d‟une manière legitime. S‟il n‟y a pas révocation, le tiré conserve le droit de payer, même aprês l‟expiration du délai". Mais sucinto foi o art. 32 da Lei uniforme: "La révocation du chêque n‟a d‟effet qu‟après l‟expiration du délai de présentation. S‟il n‟y a pas de révocation, le tiré pait payer même aprês l‟expiration du délai". Se o passador passa outro cheque, para ser apresentado antes, não há revogação; se a provisão se acaba, expõe-se êle ao que se estatui no art. 7$ da Lei n. 2.591.

A lei italiana (art. 35) fêz bem em deixar de lado a expressão

"révocation" da Lei uniforme (art. 32> e em não falar de "revoca". A despeito disso, os escritores italianos, menos atentos, continuam de falar em revogação.

Os partidários da livre revogabilidade foram muitos. Por exemplo: G. LEONHARDT *(fie gesetzlich.e Regriindung des Check-Si,*"*ste*"*m,* 23), O. WENDT *(Das aligemeine Ánweisungsrecht,* 52), F. FÍCK *(fie Frage der Sckeclcgesetzgebung,* 404), BAYERDÕRFFER *(Das Cheque-System,* 28). Contra: O. COHN *(Der vorldufige Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes,Zeitsohrif É fitr das gesamte Handelsreoht,* 61, 84) e algumas câmaras de comércio alemães.

A lei alemã (§ 13), a austríaca *(§* 13), a húngara (§ 15) e a japonêsa (art. 533, a) permitiram a revogação após a expiração do prazo de apresentação. Se feita antes, é ineficaz. O sacador e o sacado não podem acordar em revogação antes de o prazo expirar (H. LEsSING, *Scheckgesetz vom 11. Mdrz 1908,* 113, nota 2; sem razão, J.

BREIT, *Pflichten und Rechte des Ba.nkiers,* 18).

No direito brasileiro, o cheque é irrevogável (expressão elíptica, em vez de "a declaração de vontade criativa do cheque é irrevogável"). Assim, acertadamente, J. X. CARvALHO DE MENDONÇA *(Tratado,* V, Parte II, 548), RODRIGO OTÁvIO *(Do Cheque,* 93) e HAHNEMANN GUIMARÂES (Renovação e uniformização do direito cambiário, *R. F.,* 87, 620). Inclusive se o cheque é contra outro estabelecimento do sacador (banco ou casa bancária, cf. J. X. CARvALHO DE MENDONÇA, *Pareceres,* 1941, 325). Se o cheque é restituido ao passador, pode êsse revogá-lo, destruindo-o. Mas aí há mais destruição do que revogação. Pense-se em que, se tivesse sido visado o cheque, a destruição iria beneficiar o sacado, que, visando-o, retirou do haver do criador do cheque a quantia correspondente.

Desde o projeto brasileiro, FELIX MEXER *(Das Weitscheclcrecht,* II, 184 s.) viu bem que o Brasil considerara a data do cheque, com a posse de outrem, exaustão do direito do sacador sObre o fundo: nasce-lhe o direito de ser pago pela provisão dos fundos existentes, desde a data do cheque (Lei n. 2.591, art. 8.0) ; donde se ter de concluir que não se permitiu qualquer revogação pelo sacador. Para o direito brasileiro, o cheque é valor para o possuidor, há direito à provisão desde a data do cheque; portanto, não só desde que lhe foi entregue: o direito do possuidor nasce *ex tuno.* Daí a irrevogabilidade. A revogação antes de expirar o prazo de apresentação é ilegítima: a contra-ordem é queixa, aviso de ato ilícito, não é revogação; precisa ter motivo legal. A contra-ordem, após a expiração do prazo, não é revogação, é aviso de

que, não tendo mais o portador ação contra o passador do cheque e estando o sacado eximido do dever de respeitar o cheque, o sacador tem razões para lhe dizer que não pague. O

direito uniforme e o direito brasileiro não coincidem em suas regras jurídicas, mas os princípios de direito sôbre cheque fazem comuns os resultados, com a enorme vantagem, para o direito brasileiro, de não usar, nunca, na Lei n. 2.591, a expressão "revogação".

Tentou-se com a *teoria da cessão* dizer-se revogável a declaração unilateral do sacador, porque não fOra, até a apresentação, notificado (Código Civil, art. 1.069, onde "não vale" está por "não é eficaz") ; mas isso revela grave confusão entre revogabilidade e comêço de eficácia.

Não há pensar-se em revogação da declaração unilateral do que passa o cheque. Sem destruir o cheque, ou cancelá-lo, não há qualquer ato que possa retirar do suporte fáctico do negócio jurídico de cheque a *voz,* que se inseriu nêle. SOmente quem possui pode destruir e, destruindo, apagar *a voz, revocare.* Se o passador do cheque avisa o sacado de que, *e. g.,* lhe foi furtado o cheque, ou de que alguém, dizendo-se cobrador de outrem, obteve cheque, sem ser o cobrador que se dizia, o passador do cheque não está a *revogar,* nem, sequer, a dar ordem de não-pagamento, está a comunicar furto, ou outro delito, de que foi vítima. O sacado sOmente pode deixar de pagar, transmitindo ao portador a comunicação recebida, devendo, se há tempo, exigir do sacador ato em juízo, em forma legal (queixa, ou ação de amortização). Em verdade, o passa-dor do cheque apenas informa o sacado de que o portador não tem posse. Revogação sOmente pode ocorrer se o passador do cheque ainda o tem em seu poder, ou se voltou ao seu poder *(e. g.,* cheque assinado por A, para pagar contra a E, e recebido de E, para facilitar contas com E, ou com C, a quem B endossara).

O sacado deve ter todo o cuidado em exigir do sacador, que lhe comunica o furto ou a perda, que faça ser intimado pelo juízo da ação de amortização para não pagar. Se não há tempo para o despacho, por estar sendo apresentado o cheque, tem de exigir do sacador *a comunica ção escrita,* com a alegação de já ter sido despachada ou de ir ser despachada a petição da ação de amortização. O sacado pode fazer ciente o passa-dor do cheque ou o endossatário ou o possuidor que se diz furtado, ou que afirma ter perdido, de que espera o ato do juiz até determinado dia, que corresponda a prazo razoável.

4.ÓRGÃO E REPRESENTAÇÃO. O órgão da pessoa jurídica assina por ela, de acôrdo com os podêres que lhe advêm dos estatutos ou do ato constitutivo. O ato constitutivo pode constar de lei. A representação não oferece dificuldades. Os princípios que foram expostos a respeito da letra de câmbio têm de ser atendidos, quer se trate de representação legal, quer de representação voluntária. Se o órgão , ou o representante, não tem podêres e disse tê-los, fica obrigado, em próprio nome. Diga-se o mesmo quanto ao que assina, dizendo-se ser orgáo, sem no ser.

Se o possuidor não tem prova da relação de órgão, ou da representação, tendo o órgão ou o representante aludido a ela no cheque, a ação há de ser proposta contra a pessoa jurídica ou o representado e, alternativamente, contra o órgão ou o representante, para que, se relação de t5rgão ou de representação não houve, seja condenado o que se disse órgão ou representante. Se tem prova da relação de órgão ou de representação, não há inconveniente em propor a ação somente contra o obrigado segundo o texto do cheque. A responsabilidade do órgão , ou do representante, segundo o art. 46 da Lei n. 2.044, independe da noção de culpa. O representante, como órgão , é vinculado em vir tude da só aparência da relação de órgão , ou de representação, desde que não exista, ou seja insuficiente, o seu poder para figurar como órgão ou como representante. As defesas, que pode opor, são as defesas oponíveis pela pessoa jurídica, ou representado, se tivesse havido a relação de órgào, ou de representação, e, pois, se se tivesse obrigado. Não pode ser oposta a defesa „de ser além das fôrças patrimoniais da pessoa jurídica, ou do representado, a vinculação; nem, tão-pouco, as que se originam de negócios jurídicos causais, ou de outros fatos jurídicos causais, porque inseparáveis do patrimônio da pessoa jurídica, ou do representado *(e. g.,* objeções ou exceções do negócio subjacente, simultâneo, ou sobrejacente, alegações de compensação e vícios de vontade que somente concernem a certos possuidores). Pode opor as exceções nascidas do ato unitário, a de prescrição, etc. A objeção de má fé do possuidor, por ter pleno conhecimento da falta de relação de órgão , ou de representação, é absoluta, de modo

que tanto a pode opor o representante quanto o representado, tanto a pessoa jurídica quanto o órgão . A lei, protegendo os que crêem na aparência do cheque, não protege os que nela não acreditavam, nem podiam acreditar. Em todo caso, se o possuidor, sabendo do abuso, excesso ou falta de podêres, teve elementos para crer em *autorização posterior,* ou em *ratificação sanatória,* a aparência não pode ser destruída e o possuidor tem de ser protegido: estava de boa fé. Por

outro lado, a boa fé só se exige no momento da aquisição da posse do cheque; não o prejudica o conhecimento posterior. Dificilmente pode existir a boa fé no caso de pessoas jurídicas, se o estatuto de direito público exige caracterizações nítidas e formais para apresentação ou a representação; mas, se a boa fé existiu, dentro do que comumente acontece, a lei a protege.

5. CHEQUE EM BRANCO. O possuidor de boa fé é protegido contra o que alega ter sido em branco o cheque, segundo os princípios que já foram expostos. O subscritor assumiu o risco. Defesa só tem contra possuidores de má fé. Tudo se passa, no tocante às objeções e exceções, como a respeito dos cheques completos.

## § 4.115. Não-seriedade e vícios de vontade

1. NÃO-sERIEDADE. Entre figurantes em contacto, ou entre figurante e possuidor de má fé, pode ser alegada a não--seriedade. Então, o título não entra no mundo jurídico, não é cheque. Desde que passe às mãos de possuidor de boa fé, é protegido êsse pela lei de circulação do cheque: quem apôs assinatura no cheque ficou, em direito sôbre o cheque, vinculado ao título. Se A subscreveu cheque a favor de 8, por pilhéria, ainda que presenciada por grande número de pessoas *(e.* g., em clube), e 8 o endossa a alguém de boa fé, iniciou-se a vida do cheque, trazendo consigo todo o seu passado aparente. Êsse possuidor de boa fé pode ir. se não obtém receber o quanto, contra qualquer pessoa que tenha apôsto, pilhèricamente, no cheque, a sua assinatura, inclusive o passador do cheque.

2. COAÇÃO. A coação absoluta não é prôpriamente coação, porque o chamado coator não coagiu, agiu sôzinho.

Tal é o caso do ladrão que rouba do cofre o livro de cheque,toma a mão do que deveria assinar o cheque e êle mesmo faz os movimentos para a assinatura. Aí, não houve vontade. Tal violência exclui qualquer cooperação da pessoa cujo nome vai constar do cheque. Todavia, se o que figura como passador do cheque, com seu silêncio, deixa que as outras pessoas ignorem o que se passou, pode essa vontade de outrem tornar-se vontade do que figura como obrigado, em virtude dos princípios de proteção à generalidade.

Na coação, há o ato do coacto e o ato do coator. Também aqui é preciso que se dê o aviso à generalidade, porque o silêncio do coagido expõe os futuros possuidores de boa fé. A lei, na espécie, protege o

*alter*.

3. ÊRRO E DOLO. Quanto ao êrro e ao dolo, dêles é livre o cheque. Os possuidores de boa fé são incólumes a qualquer alegação do passador do cheque, do endossante, ou do avalista, quanto ao êrro, ou ao dolo, de que foi vítima. Entre figurantes em contacto, o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente pode vir a exame e então o êrro e o dolo podem ser alegados.

§ 4.116. Oposição ao pagamento

1.SE É POSSÍvEL A OPOSIÇÃO AO PAGAMENTO. Em principio, o passador do cheque não se pode *opor* a que o sacado pague o cheque que se lhe apresente. O direito à soma, que é a tôda a provisão, ou parte dela, transferiu-se ao portador, e não se compreenderia que, transferido êle, ainda pudesse opor-se ao pagamento o passador do cheque, se não no faz como qualquer legitimado à ação de amortização. Se o portador caiu em falência, ou em liquidação coativa ou voluntária, por se tratar de banco, ou de casa bancária, não é isso pressuposto suficiente para se propor a ação de amortização; não há, portanto, possibilidade de oposição. No direito francês, a Lei de 12 de agôsto de 1926, art. 12, 13 parte, estatuiu: "II n"est admis d"opposition au paiement du chêque par le tireur qu"en cas de pede du chêque ou de la faillite du porteur". Nenhum fundamento haveria, no direito brasileiro, para a oposição por falência do portador ou por incapacidade dêsse, se não fôsse abstrato o cheque.

Se foi decretada a abertura da falência, ou da liquidação coativa, e ocorreu, antes ou depois, a perda ou o furto do cheque, a ação de amortização é proponível.

2. CONTRA-ORDEM. A *contra-ordem* pode ser sem motivo legal. Não importa se antes ou depois de expirar o prazo de apresentação. Só é legal o motivo, se o cheque poderia ser reentregue ao que o passou, ou àquele em poder de quem se achava, *antes* de o ter o que se priva do recebimento da quantia. Portanto, quem contra-ordena tem de dar queixa em forma legal ou propor a ação de amortização, ou praticar um e outro ato processual de postulação. Se é êrro, ou dolo, ou violência, que o sacador alega, tem de tomar as providências para que o cheque não vá ter às mãos de possuidor de boa fé. Dá-se o mesmo a respeito de qualquer outra exceção só oponível a possuidor de má fé.

Se ao sacado parece que a contra-ordem não tem motivo legal, além de ser do seu interêsse moral transmitir ao portador e ao cartório de protestos a contra-ordem recebida, é do seu interêsse econômico não deixar pairar dúvidas sôbre a solvabilidade do banco ou casa de negócio.

A ordem de não pagar pode ser dada por escrito, ou por telefone, ou pessoalmente. Se o sacado, que recebeu a contra--ordem após a expiração do prazo de apresentação, deixa de pagar, não fica sujeito à ação de perdas e danos (ilícito absoluto), mas responde se, tendo provisão, não paga o cheque apresentado dentro do prazo, sem que tenha sido *legal* a contra-ordem (Lei n. 2.591, art. 6.0).

A Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de março de 1946 *(R. F.,* 107, 511), teve ensejo de discutir a tese da irrevogabilidade: .... . em tese, é irrevogável a emissão do cheque, princípio defluente de texto expresso da lei reguladora. A regra, entretanto, sucumbe se a escusa repousa em motivo jurídico relevante e, como o diploma legal não o define, cumpre recorrer ao subsídio da lei cambiária, ao prever análoga conjuntura: extravio, falência ou incapacidade do portador. Em semelhantes casos, o emissor, em vez de propor demanda de repetição contra o beneficiário, simplesmente veta o pagamento, e o tomador, acionando-o, dá ensanchas à defesa pessoal, licita, no executivo. Em tais casos, conforme a lição de G. BONELLI, não há, em rigor, revogação da delegação de crédito, e sim a reparação da viciosa circulação do titulo, buscando-se obstar ao pagamento a quem carece do direito de lográ-lo. Sem dúvida, não é possível argUir o impedimento a terceiro de boa fé, contra quem apenas se podem suscitar defeitos formais do titulo, mas ao detentor de má fé se pode opor, não somente a falsidade objetiva do saque, mas o próprio vicio de aquisição, forma de se sacramentar a fraude em amor desordenado às fórmulas. E nem será no caso de mister (como erradamente supóe o apelado) o recurso prévio da anulação que a cambial demanda, porque o cheque, sujeito a disciplina própria, admite a revogação em têrmos, regalia que o título cambiário desconhece. À contra-ordem se não pode emprestar e nem se atribui o efeito drástico de anular o saque, mas apenas o de lhe suspender os efeitos, possibilitando a discussão judicial, cujo objetivo será precisamente definir a legitimidade formal ou a legitimação material do portador. Isso pôsto, nem resta dúvida de que o apelante, sustando o pagamento, se estribou em motivo de indiscutível relevância, havendo conseguido provar à saciedade a substância dos embargos. O subsídio testemunhal, impressionante pela sua precisão e convergência, leva à convicção de que o cheque emitido por Daniel Italo Magri se destinava a Maria de Moura Estêvão, à guisa de

empréstimo; foi colocado na mesa da contra-loja do "mutuário" e dai desapareceu, vindo inexplicàvelmente surgir no poder de Astolfo, que o procurou descontar. O fato sobrenada a qualquer dúvida razoável e está abonado por seis testemunhas idôneas. Ora, Astolfo estava presente na ocasião do extravio e contra êle se erguiam suspeitas da mais extrema gravidade. A situação obrigava a inversão do ônus da prova e o apelado tentou legitimar a posse do título, sem lograr o menor êxito. Lembrou-se, efetivamente, de apresentar o cheque, como pagamento de divida do apelante, mas a desculpa resultou menos que provada, escancaradamente inverossímil. Não está êle em condições de emprestar dinheiro a quem quer que seja, pessoa de modestíssimos haveres, e muito mais a soma relativamente elevada de Cr$ 4.000,00, como ainda se averiguou que o suposto mutuário é indivíduo abastado e não há por onde se crer se haja visto em transes de recorrer ao auxílio do exeqúente, que só cortando na própria carne o poderia servir. Há ainda a considerar o aspecto moral, de inegável valor em tais assuntos, onde a suspeita da fraude dilata a sua sombra. O apelante é autorizado como varão probo, incapaz de negar as suas obrigações, e, ao contrário, o conceito do apelado é desfavorável, já sofrendo acusação de falsidade e padecendo fama de incorreto em negócios, que o seu próprio cunhado não desmente, mas fortalece.

Todos êsses elementos, unidos e harmônicos, induzem à certeza da justiça dos embargos. Não pode, portanto, subsistir a ação executiva".

J. X. CARvALHO DE MENDONÇA *(Tratado,* V, Parte II, 548), quanto aos *motivos legais,* admitiu, além da subtração e do extravio, a falência do portador, ou a incapacidade dêsse, os casos de causa ilícita, ou imoral, o vício da vontade por êrro, coação, ou fraude. Para o comercialista, dada a contra-ordem, o sacado não paga, e vem o portador com a açao executiva e o passador do cheque pode, edão, fazer a prova do que alegou. Essa suposição, que não está na lei sôbre cheques, nem na lei cambiária, rompe com os princípios gerais de direito *(e. g.,* dependem de sentença constitutiva negativa as anulações) e com os princípios de direito processual. O escritor imaginou aquela solução, lá a seu modo, sem atender ao sistema jurídico brasileiro. Com isso, prejudicou a jurisprudência em que a sua opinião se refletiu (contra, acertadamente, o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 23 de abril de 1946, *1?. 1".,* 108, 302, *R. dos T.,* 170, 322: "O art. fiQ da Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, proibe que aquêle que emitir cheque procure frustrar o seu pagamento "por contra-ordem e sem motivo legal". A *contrario sensu,* permite a lei a revogação do cheque desde que ocorra "motivo legal". Não esclarece, porém, a lei, quais sejam os "motivos" que autorizam essa revogação. Daí a divergência que existe entre os expositores. Segundo 3. X.

CARVALHO DE MENDONÇA, entre os motivos legais em questão estariam

"tratar-se de cheque sem causa nas relações entre o emissor e o tomador, de cheque proveniente de causa ilícita ou imoral, de cheque eivado de êrro, de cheque extorquido "por fraude ou coação". "O emissor", acrescenta J. X.

CARVALHO DE MENDONÇA, sustentando doutrina absolutamente oposta àda sentença apelada, "ao invés de propor a ação de repetição contra o beneficiário, opóe-se ao pagamento do cheque, ordenando ao sacado que não pague. O tomador, acionando o emissor pelo pagamento, dá ocasião à defesa pessoal dêsse, permitida no executivo" <*Tratado,* vol. V, parte II, n. 1.050). A essa opinião, entretanto, contrapõe-se a de TITO

FULGÊNCIO, segundo a qual, como "motivo legal" devem entender-se, de acôrdo com a lei da letra de câmbio, que é subsidiária à do cheque, somente os casos de extravio, falência, ou incapacidade do portador para obter o pagamento *(Do Cheque,* n. 113). Parece-nos que, dessas dúas opiniões, a segunda é que é a mais consentânea com a nossa lei do cheque. Com efeito, o art. 15 dessa lei determina serem aplicáveis ao cheque as disposições da lei cambial em tudo o que lhe fôr adequado. Quando, portanto, a lei do cheque se refere a "motivo legal" para revogação do cheque, sem especificar quais sejam os ditos motivos, entende-se esclarecida pelos dispositivos da lei cambial relativos à anulação da letra. De outra parte, o art. 8.0 da lei do cheque afirma que "o beneficiário adquire o direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado, desde a data do cheque". Se o direito do beneficiário é dado como adquirido "desde a data do cheque", implicitamente negou ao emitente o direito de revogar o cheque, após emiti-lo. TITO FULGENCIO, n. 111. Em terceiro lugar, como observa 3. X.

CARVALHO DE MENDONÇA, o cheque, como a nota promissória, "é provido de rigor cambial na sua forma, no seu conteúdo e na sua execução". "A ordem de pagamento, passada sob a disciplina cambial, assumindo o nome específico de cheque, equipara-se ao título cambial, ainda que nenhuma relação tenha com o contrato de câmbio. Não somente os institutos fundamentais e característicos regulados na lei cambial, como os grandes princípios que a dominam, subsistem relativamente ao cheque, enquanto não incompatíveis com o peculiar caráter de disponibilidade dos fundos em poder do sacado". Da circunstância de ser o cheque um título formal redunda que a obrigação dêle resulta irreprimível e o devedor não tem nenhuma

ação para anulá-lo, podendo apenas opor seu direito pessoal quando acionado pelo próprio credor que o prejudicou e não por um terceiro (3.

M. WHITAKER, *Letra de Câmbio,* n. 19, 82). Entender o contrário, seria permitir que o devedor, por meio de uma contra-ordem prejudicasse a circulação do cheque e o direito de terceiros detentores, contra os quais não permite a lei que o devedor oponha defesa que tenha a aduzir em caráter pessoal contra o primitivo beneficiário da letra. Impossível é, assim, admitir que o autor promova a anulação do cheque, que tanto pode estar em poder do réu, como dum terceiro de boa fé, mediante alegações de falta de causa ou de coação por parte do réu. Os únicos meios judiciais de que o autor poderia lançar mão seriam a defesa pessoal em executivo que o réu lhe movesse para cobrança do cheque, ou a ação de locupletamento".

8. ATITUDES DO SACADO. O sacado não pode deixar de pagar o cheque porque o passador dêle alega tê-lo assinado por violência Se o passador do cheque entende que deve impedir o pagamento, há de pedir a condenação do coator e a amortização do cheque, expedindo-se, então, o mandado de não-pagamento. Não pode impedi-lo por simples contra-ordem. Apreciando caso de coação, disse, acertadamente, a □

3 a Câmara Cível do Tribunal de

Apelação do Distrito Federal, a 18 de abril de 1939 *(O D.,* 1, 455): "...o banco demandado não foi conivente nesse ato de violência, visto como não interveio na constituIção ou emissão do cheque, não auxiliou o coator, nem foi parte beneficiada pela alheia somente por ter pago o cheque, sabendo que o signatário dêsse titulo se achava recolhido a uma prisão, na qual, segundo era público e notório, estava o autor sofrendo maus tratos. Em face da lei, o réu não podia sustar o pagamento do cheque sem contra-ordem do emissor e não tinha competência para considerar nulo êsse título, por vício do consentimento, por constituir essa matéria defesa privativa das partes contratantes. Mas, além disso, o cheque em aprêço não é nulo de pleno direito, mas apenas anulável, (7) de sorte que, ainda mesmo que o réu fôsse responsável pela reparação do dano sofrido pelo autor, êle não podia ser demandado para o pagamento dessa obrigação senão depois que o cheque fôsse anulado por sentença judicial, nos têrmos previstos no art. 152 do Código Civil. Pelos motivos expostos, acordam os juizes da □

3 a Câmara Cível do

Tribunal de Apelação dar provimento ao recurso, para reformar a sentença de primeira instância, a fim de julgar improcedente a ação".

A Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 81 de julho de 1919 *(R. de D,.* 58, 497, *R. F.,* 32, 482, *R. doS. 7*". *F.,* 21, 421), argumentava: "Ora, dispondo o art. 89 da Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, reguladora da matéria, que o beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado, desde a data do cheque", segue-se que

o cheque, uma vez emitido, é irretratável; isto é, o emitente não tem a faculdade de dar contra-ordem de pagamento, porque semelhante faculdade colide com o direito, que a lei reconhece ao beneficiário, de ser pago pela provisão de fundos desde a data do cheque. Está provado nos autos que o cheque foi emitido regularmente, e que o próprio portador que recebeu do emitente o título, como beneficiário, foi quem o apresentou ao sacado para pagamento, e quem o protestou por falta dêsse mesmo pagamento. Assim, êsse portador ou beneficiário tinha o direito de ser pago pela provisão de fundos do emitente em poder do sacado, que era o Banco apelado, desde o momento em que se operou a emissão do cheque, e, pois, nenhum valor jurídico podia ter a contra-ordem, tendente a obstar a êsse pagamento, isto é, tendente a destruir, arbitráriamente, o direito do beneficiário sôbre os fundos disponíveis do emitente, direito adquirido desde a data da emissão, como preceitua o art. 89 da citada Lei n. 2.591". O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de fevereiro de 1925 *(R. dos 7*"., 54, 56), insistiu: "Se o emitente, sem motivo legal, por contra-ordem, impede o pagamento do cheque, fica obrigado, perante o portador, não só ao pagamento da quantia representada pelo título, como também à multa de 10% sObre o respectivo montante, nos precisos têrmos do art. 69 da Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912".

Se o cheque foi marcado, nenhuma iniciativa pode mais ter o depositante. Ainda que antes pudesse haver motivo legal para contra-ordem, não mais pode dá-la o passador do cheque. Ainda em caso de ter sido furtado, a medida há de ser do juízo ao sacado, e não comunicação do passador do cheque a êsse. Se até o dia marcado não chega o mandado judicial de depósito judicial, ou de pagamento a outrem, em virtude de sentença trânsita em julgado, o sacado-marcador tem de pagar o cheque. No acórdão de 18 de outubro de 1937 *(R. dos 7*"., 111, 156), a Côrte de Apelação de São Paulo foi infeliz na terminologia: "A revogação do cheque é inoperante, dada a sua marcação. A marcação obsta à execução da contra-ordem...". A

contra-ordem, com motivo legal, não é revogação; é comunicação de que se tomou, ou se está a tomar providência fundada em lei. Após a marcação, o sacado só há de atender à justiça, diretamente. Errada, erradíssima, foi a decisão do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 26 de agôsto de 1943 *(1?. dos 7*"., 152, 255), porque foi ao absurdo de admitir ainda após a marcação revogação fundada na relação jurídica subjacente, entre o passador do cheque e o tomador, assunto que somente poderia ser trazido à tona por sentença trAnsita em julgado. *Motivo legal* é ter o tomador ou possuIdor roubado, ou furtado, ao passador do cheque, ou indêbitamente se apropriado do cheque; não é motivo legal ter o passador do cheque exceção *non adimpleti contractus,* ou ação de resolução por inadimplemento; nem sequer ter havido resolução *ijpso jure* (teria de propor ação declaratória, ou ação de restituIção, com a *quaestio praeiudicialis* da resolução i *so jure,* na qual requereria o mandado de não se pagar ao tomador, ou portador, e de depósito judicial da quantia que teria de ser paga).

O *visto* do cheque não pré-exclui, *a priori,* como a marcação, a contra-ordem, quando essa seria legalmente admissível, e foi isso o que decidiu, com acêrto, a 1.a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 18 de janeiro de 1945 *(R. dos 7*"., 180, 896), em acórdão em cujo voto vencedor o relator embaralha questões que não tinham de ser discutidas e cita escritores italianos sem uma só referência ao direito brasileiro.

Oart. 6.0 apenas diz que fica sujeito à multa de dez por cento sObre o montante quem dá contra-ordem, sem motivo legal. O primeiro êrro dos intérpretes foi o de argumentarem a *contrario sensu:* se quem dá contra-ordem, sem motivo legal~ incorre em multa, todo passador de cheque tem direito a dar contra-ordem, se o motivo é legal.

O segundo êrro foi o de conceituarem *motivo legal.* Motivo legal somente pode ser razão legal, fundamento legal.

Portanto: se há lei que permita suspender-se o pagamento. Na Lei n. 2.591, nenhuma regra jurídica existe a respeito. Só o art. 15 remete à Lei n. 2.044,

de 31 de dezembro de 1908, e na Lei n. 2.044 há o art. 23, que diz: "Presume-se vàlidamente desonerado aquêle que paga a letra no vencimento, sem oposição", e o parágrafo único:

"A oposição ao pagamento é somente admissível no caso de extravio da letra, de falência ou incapacidade do portador para recebê-lo". No Código Civil, art. 1.509, estatuiu-se: "A pessoa, injustamente

desapossada de títulos ao portador, só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao ilegítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interêsse". No Código de Processo Civil, art. 836, foi dito: "A pessoa injustamente desapossada de título ao portador, para obter nôvo e impedir que a outrem sejam pagos o capital e os rendimentos, declarará, na petição inicial, a quantidade, espécie, valor nominal dos títulos e série, se houver, a época e o lugar em que os adquiriu e recebeu os últimos juros ou dividendos". No parágrafo único acrescentou-se: "Na conclusão pedirá: a) a notifição do devedor do título, para que não pague o capital e os juros ou dividendos; 6) a notificação do presidente da junta de corretores, ou câmara sindical, para que não seja permitida negociação dos títulos; e) a citação do detentor, ou de terceiros interessados". No art. 337, explicitou-se: "Justificado o pedido, o juiz, antes de qualquer providência favorável ao autor, ordenará a citação e as notificações requeridas". Tal o que consta do sistema jurídico brasileiro.

O que consta de outros sistemas jurídicos não nos importa para interpretarmos o art. 69. Motivo "legal" é motivo de lei; motivo de lei, ou das leis, somente pode ser, na Lei n. 2.591, motivo da lei brasileira ou das leis brasileiras.

O art. 15 da Lei n. 2.591 remete à Lei n. 2.044; o direito comum pode ser elemento para a interpretação e bem o é, no tocante ao art. 1.509 do Código Civil e aos arts. 386-839 do Código de Processo Civil. É evidente que o art. 69

remete ao art. 23 da Lei n. 2.044, pois essa regra jurídica nada tem de inadequada ao instituto do cheque (Lei ii.

2.591, art. 15). Temos, portanto, de inicio, que pode haver *oposição ao pagamento* e, pois, é legal o motivo da contra-ordem, em caso de extravio, falência ou incapacidade do portador (e não só tomador) para receber o pagamento. Antes de propor a ação de amortização, preventivamente, pode o passador, de quem foi extraviado o cheque, dar contra-ordem.

a) Apresentado o titulo, não sendo pago, por se tratar de cheque extraviado, e tirado o protesto, o portador vai contra o passador do cheque, que há de alegar a falta de legitimação do portador, *por lhe faltar a posse.* O sacado, antes de recusar o pagamento, pode exigir que o passador do cheque despache a petição da ação de amortização, ou pedir depósito judicial em consignação, exibindo a prova da contra-ordem, ou alegando ter recebido contra-ordem e poder prová-la. Não deve correr o risco de atender a ordens orais, ou sem indicação do

motivo legal.

b) Apresentado o cheque, não sendo pago, por se tratar de cheque, cujo portador caiu em falência, o sacado tem de éxigir a legitimação do síndico (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 39-42 e 59-61).

A contra-ordem do passador do cheque é simples comunicação de conhecimento, como a de qualquer endossante ou avalista.

c) Apresentado o cheque e não pago, por incapacidade do portador, pode êsse protestar, se acha que é falsa a comunicação de conhecimento e propor a ação executiva. Aliás, pode, se a entender falsa na espécie 6), protestar e propor a ação executiva. Na ação executiva, o passador do cheque pode alegar que contra-ordenou, por ter-lhe sido extraviado o cheque, ou por ser falido, ou incapaz, o portador; porém tal exceção somente pode ser oposta ao exeqúente que se aproveitou do extravio (roubo, furto, apropriação indébita, achada) ou ao exequente possuIdor de má fé. Se o que se opôs (não contra-ordenou, porque não se pode contra-ordenar, somente se pode *opor)* foi possuidor de que o portador houve o cheque, ou é como se dêle tivesse havido o cheque, a oposição é perante o juiz. É a diferença entre o passador do cheque, que se pode opor judicialmente e contra-ordenar, e os possuIdores, por nominação, endôsso, ou tradição, que se podem opor, porém não contra-ordenar.

O primeiro problema que se apresenta ao intérprete é o do cheque com causa ilícita. A possibilidade da contra-ordem emprestaria causa ao cheque, que é titulo abstrato, e não título causal, nem, sequer, só abstratizável, como a duplicata mercantil.

A causa ilícita pode vir à tona se o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ao ser proposta a ação de cobrança do cheque, executiva ou nã□o, pode vir. *A priori,* não pode o passador do cheque dar contra-ordem, por ser ilícita a causa. Seria tornar causal o título. O relator do acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 8 de setembro de 1947, não estudou o assunto, e deixou-se levar pelo argumento de autoridade: a opinião de 3. X.

CARvALHO DE MENDONÇA.

OTribunal de Apelação do Distrito Federal, a 25 de julho de 1938 *(1?. dos 7"., 125,* 664), decidiu que as dívidas contraídas, para se obterem, antecipadamente, meios de jogar ou apostar, ou pagar o que se ficou a dever em razão de jôgo ou de aposta, não incidem na proibição

constante do art. 1.478 do Código Civil, e são, assim, judicialmente exigíveis. Por que não? Talvez faltasse, no caso concreto, o elemento fáctico "no ato de apostar, ou jogar"; se não faltava tal elemento, a decisão foi injusta: porque cheques se "trocam" para aposta, ou jôgo; e, ainda mais, com cheques se aposta e se joga. Certa, a 2.8 Câmara Cível, a 25 de junho de 1945 *(R. F.,* 105, 558; *O*

*D.,* 36, 352). O ônus da prova de que o cheque foi em pagamento de dívida de jôgo incumbe ao passador do cheque e somente é isso alegável entre o passador do cheque e o tomador, ou o possuidor de má fé, ou entre endossante e endossatário imediato ou possuidor de má fé (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1948, *1?. dos* 7"., 177, 647; *1?. F.,* 125, 512)

"O cheque, por si só, vale por confissão de dívida, à qual empresta a lei fôrça cambiária. Só poderia a fôrça probatória, que dimana dessa confissão de dívida, ser elidida, mediante prova cabal em sentido contrário. Tal prova, entretanto, não logrou o apelante oferecer. Se é certo que, pelo ofício, se pode concluir que, no apartamento da autora, se pratica jôgo carteado, daí, entretanto, não se pode inferir tenha sido o cheque ajuizado dado em pagamento de divida de jôgo. Nenhuma prova apresentou a ré de que tenha, realmente, tomado parte em qualquer jôgo no apartamento da apelada, e muito menos de que o cheque em aprêço tenha sido dado em pagamento de dívida de jôgo".

O segundo problema é o do cheque obtido por violência absoluta. É o mesmo do cheque falso, ou falsificado. O

passador do cheque, a que êsse foi extorquido por *vis absoluta,* ou cuja firma é falsa, ou falsificada, não contra-ordena, faz comunicação de conhecimento, que carga ao sacado a responsabilidade do pagamento, da qual só se livra, exigindo, no caso de falsidade, ou falsificação, reconhecimento da firma, ou outras provas (cf. Lei n.

2.591, art. 10). O sacado deve exigir prova da *vis absoluta.*

Quanto aos vícios de vontade (coação, êrro, dolo, simulação, fraude contra credores), de modo nenhum são motivos legais de oposição ao pagamento ou de contra-ordem. Nem os juizes podem ordenar que se suspenda o pagamento de cheque por existir algum dêsses vícios; ~como poderia contra-ordenar o passador do cheque? Tais vícios não concernem ao cheque; mas ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre o passador e o tomador, ou entre o possuidor-endossante e o possuIdor endossatário, ou o possuldor-tradente e o

possuidor por tradição, ou entre o cedente e cessionário. O cheque é título abstrato.

## OS TRÊS POSTULADOS NO DIREITO SÔBRE CHEQUES

### § 4.117. ConseqUências de ser cambiariforme o cheque

1.Os TRES POSTULADOS. Aos três postulados do direito cambiário subordina-se o direito sôbre cheque.

São-lhe tão fundamentais quanto ao direito sôbre letra de câmbio e nota promissória e ao direito sôbre duplicatas mercantis. As vinculações resultantes de declaração de vontade inserta no cheque são abstratas, independentes umas das outras; e as declarações mesmas estão ligadas à tutela da aparência. Além da multiplicidade das vinculações e da sua autonomia, há a adstrição ao teor do título. A solidariedade, aliada à autonomia das vinculações, é particularidade notável do direito cambiário" e cambiariforme.

O possuidor tem a escolha para a exigência do cheque, como dos outros títulos cambiários e cambiariformes.

Nada impede que êle cobre, em dois ou mais processos, a dois ou mais obrigados. O postulado da independência das vincula çôes e o da tutela da aparência imprimiram à solidariedade algo que foge ao direito comum.

Chamaríamos a isso solidariedade *sOlta.* Sôlta, mas, internamente, sujeita ao caminhar para o passado, o que é peculiar à noção de regresso.

Para usarmos imagem, de que nos servimos no Tomo XXXIV, digamos que as dividas oriundas do cheque se espiralam, em relações jurídicas cujo centro é o mesmo, a divida do passador do cheque. O possuidor, que é o ponto extremo da voluta mais larga, tira da solidariedade o seu direito de escolha dentre todos os obrigados de regresso. Porém não somente a êle cabe tal direito. Qualquer obrigado de regresso, ou o seu avalista, que pagou o cheque, tem a faculdade de escolher e de acionar os obrigados das volutas anteriores. À medida que se desce, o número de obrigados diminui, restringindo-se o campo de escolha do obrigado. A posição de cada um dêles é que lhe marca a possibilidade de investida. Dentro da espiral, o pagamento tem, necessàriamente,

efeitos diversos, porquanto a ordem dos obrigados é fixa e regressiva. O pagamento por obrigado de regresso só extingue as obrigações dos obrigados sucessivos. Mas a autonomia das obrigações atua quanto à eficácia da dívida.

A prescrição é individual. Corre, suspende-se, ou interrompe-se, para cada obrigado. Acontece o mesmo com as dilações. Se a novação e a remissão se apresentam, têm efeitos para todos a quem se podem opor.

O regresso não se dá somente entre figuras que foram, alguma vez, possuidoras do cheque. O avalista, que paga, tem a ação contra o avalizado e contra aquêles que seriam acionáveis por êsse. O avalista sucessivo tem ação cambiária contra os avalistas anteriores do mesmo obrigado. A posse do cheque legitima a cada um dos titulares para investir na ordem regressiva, sem importar contra quem, dentre os obrigados, investe o possuidor. A falta de protesto faz precluir-se o direito ao regresso.

São obrigados de regresso: o passador do cheque, os endossantes e os avalistas do passador do cheque, dos endossantes e dos outros avalistas. De posse do cheque, o obrigado de regresso, que pagou, adquire o *direito de regresso,* cujo conteúdo não é só o do exercício da ação cambiária, com o remédio jurídico processual especifico, mas o de qualquer remédio jurídico que o direito processual lhe dê. O direito de regresso é igual para todos, mas, exercendo-o, cada obrigado fica exposto às objeções e exceções que lhe sejam pessoais.

2. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES CAMBIÂRIÂS. O cheque é unidade, ato unitário. Coexiste com a aparência do todo a aparência dos atos singulares. O postulado da autonomia das obrigações oriundas do cheque tem assento no art. 43 da Lei n. 2.044: “As obrigações são autônomas e independentes umas das outras. O signatário da declaração cambial fica, por ela, vinculado e solidàriamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura”. Note-se que o legislador brasileiro, tão impressionado estava com a fusão, que se opera, no direito cambiário, entre autonomia e solidariedade, que de ambas tratou no mesmo artigo. Porém a energia dos seus dizeres põe em evidência como êle acolheu, decisivamente, a par do dogma da solidariedade, o dogma da autonomia. A cada assinatura corresponde uma vinculação. A declaração unilateral de vontade recolhida no cheque existe, como ato jurídico, vale e é eficaz, a despeito da falsidade ou da falsificação das

outras firmas. Se a subscrição ou a indicação de pessoa imaginária não é assaz para a ineficácia do cheque como ato unitário, o postulado da autonomia mantém as obrigações que foram assumidas pelas declarações unilaterais de vontade.

Também a respeito do cheque é preciso atender-se aos efeitos volitivos do *siléncio.* O silêncio confirma, ainda em se tratando de firma falsa. Ou porque o signatário aparente foi interpelado pelo possuidor, como se, em carta, ou pessoal-mente, lhe pergunta êsse se a firma é verdadeira, sem que obtenha resposta, ou porque venha êle a saber da falsidade ou da falsificação da sua firma, sem providenciar, ou devendo saber, é sempre de reconhecer-se o valor expressivo do silêncio. Tudo que, nesses pontos, se disse a respeito da letra de câmbio pode ser invocado a propósito do cheque.

O *postulado da autonomia* tem por conseqUência que o endossante, ou o avalista, que paga ao endossatário, ou ao avalista posterior, pode riscar o próprio endôsso ou aval e os dos endossantes ou avalistas posteriores. O cheque, que volta ao passador, ao endossante, ou ao avalista, por endôsso, pode ser por êle reendossado. Continuam vinculados todos os subscritores intermédios; *a fortiori,* os anteriores ao primeiro endôsso. O que paga por intervenção pode endossar o cheque, mas tal endôsso só tem efeitos civis.

## § 4.118. Cheque incompleto e cheque em branco

1. CHEQUE EM BRANCO. Se falta ao cheque algum elemento do contexto, mas tem o nome de quem o passou, e é nominativo, ou dêle consta algum endôsso, a aquisição de boa fé exige a legitimação formal pela cadeia dos endossos. Se falta o nome da pessoa a quem se passou, enquanto não se lança o nome de alguém, o cheque circula como os títulos ao~ portador. Inserto o nome de alguém, a circulação é à ordem. O passador do *cheque em branco* não pode obstar, em princípio, a que o saneado o pague, qualquer que tenha sido o enchimento por outrem.

O direito do possuidor do cheque em branco a enchê-lo é elemento do direito ao cheque, como título cambiariforme Autônomo, portanto, como êsse direito. Quem tem posse de boa fé tem direito a encher. Tal direito não depende de qualquer negócio jurídico subjacente, justa- ou sobrejacente; é poder de instrumentação. A vontade, que bastou à criação do~ cheque, deixou tal direito ao possuidor de boa fé. O pacto sôbre o enchimento só tem efeitos entre figurantes em com tacto, ou

contra o possuidor de má fé. Se o possuidor de má fé encheu o título em branco e o passou a outrem, que o adquiriu de boa fé, a aparência é protegida, e o possuidor de boa fé nada tem com o pacto existente entre os antecessores ou entre o antecessor e o passador do cheque. A aparência só protege *o que aparece,* e não *o que ,u~o aparece.* Todavia, o possuidor de boa fé não pode encher o cheque com a soma que bem entenda: não estaria em boa fé! Seria mais que exercício irregular de direito. Por outro lado, o passador não pode pretender que se encha com menos do que aquilo que foi prometido.

Sempre que o possuidor estava de má fé à aquisição do cheque, é-lhe oponível a objeção de enchimento abusivo.

Não~ pode êle invocar a aparência do cheque. A aparência só protegida aos possuidores de boa fé.

2. ENCHIMENTO. DO CHEQUE. ~ preciso encher-se o cheque para que se exercite o direito oriundo do cheque, ou alguma das ações a êle pertinentes. Nada obsta a que se

proceda ao enchimento, já pendente a lide do processo executivo, ou não, quando a parte já reclamou, ou o juiz o apontou. Tudo mais que se disse sôbre o enchimento da cambial em branco é de invocar-se a propósito do cheque.

Parte III. Institutos chéquicos singulares

CAPITULO 1

CRIAÇÃO E PASSE DO CHEQUE

§ 4.119. Criação do cheque

1.CRIAR E PASSAR O CHEQUE. Quem dá o nome de cheque ao papel e o assina, como sacador, cria-o. Quem o entrega a outrem, ou o expóe a que dêle alguém se aposse, passa-o. Passar está, aí, no mesmo sentido em que se diz passar bilhetes de quermesse, ou de teatro, ou passar dinheiro falso. O passa-dor do cheque criou-o, como ato unitário; mas, se tratamos das vinculaçôes singulares que se irradiam

do cheque, só nos interessa o que o passador *transfere* e *promete.* Já aqui surge o problema do direito que, com o passe do cheque, nasce ao possuidor legitimado.

A lei poderia ter concebido tal passe como ato de transmissão da propriedade e posse da provisão. Não no fêz.

~Que, então, fêz ela? A lei transfere ao possuidor o direito a haver a provisão, na medida em que existe, até o montante do cheque, e fêz vinculado pelo montante o sacador. Como desde a data do cheque o direito nasce ao possuidor, todo risco que corra a provisão, após o prazo legal de apresentação, sem ser por ato do sacador, é a cargo do possuidor. Donde conseqüência prática extraordinAriamente importante: a insolvência ou falência do sacado, após o passe do cheque, conforme a sua data, antes de expirar o prazo de apresentação, expõe o passador; depois, expõe o portador, e não o passador do cheque. Se há discordância entre o dia da entrega do cheque e a data, que dêle consta, o passador responde pelo ocorrido entre a data e o dia da entrega, como se o houvesse antedatado, e o possuidor tem no cheque pós-datado a assunção do risco intercalar pelo passador do cheque: o próprio prazo de apresentação corre da data que consta.

Por onde se vê que o direito à provisão é *plus* em relação à obrigação do passador do cheque, quanto ao montante.

O *direito á provisão* faz do passador do cheque obrigado pelo quanto, qualquer que tenha sido a vicissitude da provisão, se dentro do prazo de apresentação se apresentou o cheque, e pelo quanto, se não foi apresentado, mas não havia ou era deficiente a provisão.

Acima dissemos que passa cheque quem o entrega a outrem ou quem se expõe a que outrem dêle se aposse. O que importa, conforme o princípio fundamental da proteção ao possuidor de boa fé, é que há *posse* e *boa fé.* Noutros têrmos: que o portador seja *alter* digno.

2. ORDEM CRONOLÕGICA DAS ASSINATURAS. Não importa, para a assunção das vinculações, a ordem, no tempo, em que foram apostas as assinaturas. Se o cheque está datado, a assinatura do passador entende-se aposta àquela data. Se foi antes, ou depois, sbmente pode ser alegado entre figurantes em contacto, ou contra possuidor de má fé.

3.PROMEssA DO PASSADOR DO CHEQUE. Além de dar o direito à

provisão, que é efeito de ato de disposição, o passador do cheque promete o ato do sacado, com os fundos disponíveis. Diretamente, confere o direito à provisão, que sai, assim, do patrimônio do passador do cheque e entra no patrimônio do possuidor; indiretamente, *promete* o passador do cheque o ato satisfativo do sacado. Ali, parece-se com a nota promissória, pôsto que não seja o mesmo *prometer pagar* e *atribuir direito à provisão ;* aqui, com a letra de câmbio, pôsto que prometer a solução por outrem com fundos próprios seja diferente de prometer ato de outrem <aceite ou pagamento>, sem qualquer afirmação de existência de fundos disponíveis pelo passador do cheque.

fi 4.120. Cheque e declaração do passador do cheque

1.ATo UNITÁRIO E DECLARAÇÃO DO PASSADOR DO CHEQUE.

No art. 2.~, estatuiu a Lei n. 2.591: “O cheque deve conter:

a) a denominação *cheque* ou outra equivalente, se fôr escrito em língua estrangeira; *lO* indicação, em cifra e por extenso, da soma a pagar; *e)* data, compreendendo o lugar, dia, mês e ano da emissão, sendo o dia e mês por extenso; *d)* assinatura do emitente; *e)* nome da firma social ou pessoa que deve pagar; *f)* indicação do lugar onde o pagamento deve ser feito. Na falta de indicação do lugar da emissão, presume-se que a ordem foi passada no lugar onde tem de ser paga”. Os requisitos *b), e)* e *e)* foram modificados. O Decreto n. 22.398, de 25 de janeiro de 1938, reproduziu, com fôrça de lei, a regra do art. 3.~, § 9□0, 1.a parte, da Lei (orçamentária) n. 2.919, de 31 de dezembro de 1914, que só ao mês exigiu ser escrito por extenso. O Decreto n. 24.777, de 14 de julho de 1934, explicitou que os bancos e firmas comerciais podem emitir cheques contra as próprias caixas, nas sedes ou nas filiais e agências (art. 19), mas proibiu serem ao portador (art. 1.0, parágrafo único). O Decreto n. 21.816, de 25

de abril de 1932, vedou a abertura de contas correntes em moeda estrangeira, em bancos e casas bancárias estabelecidos no país (art. 1.~), sujeitando às penas previstas pelo Decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921, art.

69, os estabelecimentos que infringirem tal regra jurídica. O Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933, art.

1.0, estabeleceu: “É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis

papel". A Lei n.

2.591, art. 9.~, previu a diferença entre a quantia em algarismos e a quantia lançada por extenso: "Havendo diferença entre a quantia em algarismos e a enunciada por extenso, será paga esta". Quanto ao pagamento, disse o art. 10 da Lei n. 2.591:

"O cheque é pagável à vista ainda que o não declare. O sacado, porém, poderá pedir explicações ou garantia para pagar o cheque mutilado ou partido, ou que contiver borrões, emendas ou data suspeita".

Também previu a possibilidade da divergência entre a expressão da quantia em algarismos e a expressão por extenso a Lei uniforme, art. 9: "Le chêque dont le montant est écrit à la fois en toutes lettres et en chiffres vaut, en cas de différence, pour la somme écrite en toutes lettres. Le chêque dont le montant est écrit plusieurs fois, soit en toutes lettres, soit en chiffres, ne vaut, en cas de différence, que pour la moindre somnle".

Por vêzes, os bancos rejeitam cheques em que há a divergência. Mas obram a próprio risco, pois a regra do art. 99

da Lei n. 2.591 ou do art. 9 da Lei uniforme há de ser obedecida.

A proibição do saque em moeda estrangeira é êrro dos legisladores, porque, com a vedação, afasta dos depósitos em moeda estrangeira os bancos brasileiros e os bancos estrangeiros com agências no Brasil, que passam, em todo o caso, a operar contra o fundo existente na sede ou em agências em Estado que permita o saque em moeda estrangeira. Todos os que têm negócios com o estrangeiro precisam de ter moeda estrangeira. A lei obriga-os a depositar no estrangeiro o que poderia ser depositado no Brasil. O problema da fiscalização, êsse, é outro problema. Diz a Lei uniforme, art. 36: "Lorsqu‟un chêque est stipulé payable en une monnaie n‟ayant pas cours au lieu du paiement, le montant peut en être payé, dans le délai de présentation du chêque, eu la mounale du pays d‟après sa valeur au jour du paiement. Si le paiement n‟a pas été effectué à la présentation, le porteur peut, à son choix, demander que le montant du chêque soit payé dans la monnaie du pays d‟après le cours, soit du jour de la présentatiou, soit du jour du paiement. Les usages du lieu du paiement servent à déterminer la valeur de la monnaie étrangêre. Toutefois, le tireur peut stipuler que la somme à payer sera calculée d‟après un cours déterminé dans le chêque. Les rêgles ci-énoncées ne s‟appliquent pas au cas oú le tireur a stipulé que le paiement devra être fait dans une certame monnaie indiquée (clause de paiement effectif en une monnaie étrang,êre). Si le

montant du chêque est indiqué dans une monnaie ayant la même dénomination, mais une valeur différent, dans le pays d‟émission et dans celui du paiement, on est présumé s‟être référé à la monnaie du lieu du paiment”.

Para que haja a vinculação do passador do cheque basta que esteja satisfeito o mínimo exigido para que se considere criado o cheque. Desde que o requisito pode ser lançado por outrem, o possuidor de boa fé é protegido, segundo a aparência do cheque. A assinatura do passador do cheque é que é indispensável à sua vinculação. A difícil legibilidade, ou, até, a ilegibilidade não exclui existência, ou a eficácia da assinatura, desde que indique, inequivocamente, a alguém. Não é requisito o reconhecimento da firma. Quando se fala de assinatura, entende-se a assinatura da pessoa física, ou do órgão da pessoa jurídica, ou do representante legal ou voluntário. Não há cheque por telegrama, mas nada obsta a que a outorga de podêres seja telegráfica. O analfabeto somente pode outorgar podêres por instrumento público. Todavia, se sabe assinar o nome, pode passar cheques. A assinatura não-autêntica pode vir a ser eficaz, se a pessoa, a que se atribui, consentiu em que fôsse lançada, ou, sabendo, ou devendo saber, não praticou os atos que deveria praticar para que os terceiros de boa fé não confiassem na aparência.

2.FIRMA DO PASSADOR DO CHEQUE; RESPONSABILIDADES.

O sacado tem o dever de verificar a firma do passador do cheque. Tem êle, consigo, a provisão, deu ao passador do cheque autorização para criar cheques; agora, que o correntista o cria, há de caber-lhe verificar se foi o autorizado que sacou sôbre a provisão. Disse bem a Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 25 de junho de 1918

*(R. de D.,* 50, 269) : “Se é dever do depositário verificar a autenticidade da firma do depositante lançada no cheque, antes de efetuar o pagamento; dever é do depositante guardar o livro de cheques em lugar seguro, de modo a evitar que êstes sejam utilizados e prevenir o depositário em caso de extravio. Sendo a assinatura do cheque semelhante à do depositante, e sendo êste quem entregou com caução de um contrato o livro de cheques ao terceiro que dêles se utilizou, a culpa pelo pagamento dos cheques falsificados cabe ao depositante, e exonera o depositário”. Tal dever é independente de ter, ou não, havido falta de cautela por parte do autorizado a criar cheques, de quem guardava o talão, ou dos herdeiros do autorizado a criar cheques (Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de setembro

de 1929, *Á. /.*, 15, 501, *1?. F.,* 55, 337: “Não há como se deixar de concluir que o empregado do apelante pagou cheques emitidos depois da morte do correntista, e o fêz desidiosamente, porque, se assim não fôsse, teria com facilidade verificado serem falsas as assinaturas, confrontando-as, como devia fazer com tôda a atenção, com a autêntica que se achava no Banco. Mesmo, pois, que ficasse provado o que alega o apelante, relativamente à falta de cautela do representante do espólio, que não guardou, como era de seu dever, a caderneta da conta-corrente e o livro de cheques de seu falecido marido, êsse fato não podia eximir o apelante da responsabilidade pelo pagamento de cheques falsos, desde que as assinaturas falsas eram fâcilmente verificáveis e isso não podia escapar ao empregado do apelante encarregado do confronto e certamente especializado nesse exame. Portanto, se o apelante pagou em tais condições cheques falsos, a sua responsabilidade é incontestável”.

A existência de falsidade grosseira ou de falsificação grosseira faz sofrer o prejuízo o sacado, que pagou, ainda que tenha havido negligência do autorizado a passar cheques. Se a falsidade ou a falsificação foi tal que o comum dos homens se enganaria, a culpa do autorizado a passar cheques pré-exclui a responsabilidade do sacado: o que se pagou pelo cheque está bem que fique na conta do autorizado a criar cheques. Os acórdãos, que se podem citar, não se contradizem; completam-se. Assim é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 1.0 de setembro de 1931 (E.

*dos T.,* 80, 164), decidiu: “O apresentante do cheque falso armou uma cilada contra o Banco e jamais contra os autores. E dessarte deve o Banco sofrer as conseqUências do mau pagamento que realizou, caindo no engano. O

portador visou enganar o Banco, e conseguiu.

OBanco deixou-se de fato enganar pela semelhança da letra. Aos autores êsse fato não podia afetar, uma vez que descansavam na fidelidade e vigilância do guardador de seus valôres. Pagando mal, devia o réu suportar os riscos de seu próprio ato”. Ainda o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de dezembro de 1938 (E. *li*“*.,* 81, 402)

: “Em face dessas grosseiras rasuras, o Banco do Brasil não devia efetuar o pagamento sem consultar prêviamente os apelantes, que tinham conta corrente no Banco, ou então exigir outro recibo. A culpa é exclusiva do apelado, que deveria agir com a mais elementar prudência, recusando um documento viciado. A doutrina e a

jurisprudência fazem assentar a responsabilidade pela falsificação do documento bancário na apuração da culpa, como demonstrou com erudito parecer, quando procurador-geral do Distrito, o eminente jurista professor FILADELFO AZEVEDO, *Arquivo Judiciário,* vol. 34, pág. 361. Ora, a culpa do Banco ressalta do exame do documento de fís. 19, enquanto não pode haver culpa por parte dos apelantes por terem entregue a um fechador de câmbio, que depois se mostrou infiel, indo perder o dinheiro no jôgo, mas que até então merecia confiança, uma ordem para transferência de dinheiro. Havendo compensação (7!) de culpa, a indenização deveria ser repartida. Na espécie, porém, houve culpa exclusiva do Banco do Brasil, que deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados aos apelantes". A 53 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de novembro de 1929, julgou outro caso: "O Banco embargado nenhuma culpa teve no pagamento dos cheques falsos; como tais devem ser considerados não só os que contêm assinatura falsificada do suposto emissor, como também os que contêm assinatura de falso procurador. A autora e seu filho, por sua vez, nenhuma culpa tiveram na falsidade da procuração. Em casos como o dos autos, em que não há culpa do suposto emissor, nem do sacado, êste deve suportar os prejuízos do pagamento do cheque falso, porque isto é um dos riscos da sua profissão, porque o pagamento é feito com os seus fundos, porque o crime de falsidade foi contra êle dirigido e porque ao suposto emissor era impossível evitar que o crime produzisse os seus efeitos". Ainda, o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 13 de fevereiro de 1940 (E. 1"., 84, 363; E. *dos T.,* 137, 678): "Trata-se do pagamento de um cheque falsificado, que foi efetuado pelo Banco embargante. A embargada era depositante naquele Banco. A perícia constatou a falsificação e assinalou que havia profundas divergências de caracterização.

A falsificação foi assim grosseira e fàcilmente perceptível à primeira inspecção ocular. Não há como obscurecer a falta de cautela por parte do Banco em pagar o cheque, sem mais acurado exame. Confiando os seus haveres em depósito ao Banco, e os aceitando êste, contraiu com a depositante compromissos de vigilância, cuja omissão tornou-se patente". O Supremo Tribunal Federal, a 3 de dezembro de 1942 (E. *F.,* 96, 73), assentou: "Trata-se de pagamento por meio de falsa procuração, falsidade verificada em processo criminal passado em julgado. O

estabelecimento que realizou o pagamento por fôrça de tal instrumento nulo deve suportar o ônus dêle resultante, por estar isso compreendido nos riscos de sua profissão". Todavia, muda de figura a questão de quem sofre o prejuízo se houve culpa do autorizado a criar cheques e a falsidade, ou a falsificação não fôra grosseira (Tribunal de

Apelação de São Paulo, 17 de abril de 1939, *R. dos T.,* 122, 164) : "Em princípio, certamente, os prejuízos com o pagamento de cheques falsos devem recair na pessoa do sacado. Essa é a melhor doutrina. ~ a vencedora na jurisprudência: *R. dos* 2℃., 80, 158; 87, 613; 77, 591; *R. F.,* 71, 566; 57, 47; 68, 718; 78, 416, etc. Mas cumpre excetuar o caso em que tenha havido manifesta culpa por parte do sacador. Na hipótese, foi o que se deu: o sacador deixou o livro de cheques à disposição de seu empregado, apesar de estar impressa, no verso, a recomendação do Banco: "Éste caderno de cheques deve ser guardado em lugar seguro, sendo dado imediato aviso ao Banco em caso de extravio do mesmo, ou de qualquer de suas cédulas". Recebendo, quinzenalmente, as notas do estado de sua conta, os autores não as examinavam. Deixaram escoar-se quatorze meses e se perpetrarem vinte e nove falsificações. Foram negligentes. Facilitaram, pelo seu descuido, a prática do crime. Não têm, por isso, de quem reclamar".

Nas relações entre o passador do cheque e o sacado, êsse só não responde por perdas e danos àquele, em caso de não pagar o cheque, se o passador do cheque não tinha provisão (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de maio de 1912, *R. dos 2*℃*.,* 2, 57), ou se não o podia passar. Entregues os cheques ao tomador, ou portador, todos os riscos de extravio e destruição são sôbre êle; o que lhe toca é a ação de amortização ou as ações possessórias, exercíveis quanto ao cheque. O sacado tem de verificar a autenticidade da firma do passador do cheque e a legitimação do apresentante. Tem, outrossim, se alguém assinou pelo que estava autorizado a criar cheques, se houve outorga de podêres e se a firma do que representou o autorizado é autêntica. A expressão

"responsabilidade" é imprópria, em se tratando de pagamento de cheque falso, ou falsificado. O que se pergunta é se o sacado, que paga o cheque falso, ou falsificado, paga bem e pode lançar no débito do que fêz a provisão a importância do cheque. Não há resposta a *priori:* quem

4.

paga o cheque falso, ou falsificado, que o foi grosseiramente. não pode dizer ao que tem a provisão que lhe debitou a importância. Pagou mal. Quem paga o cheque falso, ou falsificado, cuja falsidade ou falsificação não era grosseira, lançando a importância no débito do que fêz a provisão, pagou mal, salvo se o que teria de ser o sacador teve culpa. De modo que, se o que poderia sacar, não sacou, pode opor que o cheque não foi firmado por êle, ou que foi falsificado, O sacado sêmente pode escapar à pretensão do que fêz a provisão, alegando

*culpa* do que foi autorizado a sacar. O risco é do sacado. Enquanto não há sentença trânsita em julgado, que dê como culpado o autorizado a criar cheques, não pode o sacado considerar diminuída a provisão: foi contra êle que se dirigiu o crime de falsidade, ou de falsificação.

Em conseqUência, a 1,a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 21 de outubro de 1940, condenou o sacado a pagar a alguém a importância de sessenta contos de réis e mais os juros contratuais, a contar da data do pagamento dos cheques falsos até o encerramento da conta-

-corrente relativa ao contrato de abertura de crédito, desde quando cessarão, para correrem os juros legais a partir da citação inicial". Disse o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 7 de agôsto de 1941 *(1?. dos* 7h, 136, 683) :

"Predomina, nessa matéria, a teoria do risco bancário. O Banco somente se isenta da responsabilidade de indenizar o depositante se êste se houve com culpa, como, por exemplo, não guardou convenientemente o livro de cheques entregue pelo sacado". E a 12 de agôsto de 1947 *(R. dos* 2"., 169, 614) : "A regra geral deve ser a da responsabilidade do banco, a não ser que se prove a culpa ou dolo do depositante. Quando alguém deposita dinheiro em banco tem por objetivo principal conservar em segurança o valor correspondente. Os bancos possuem cofres e casas fortes, onde se espera que o dinheiro esteja resguardado contra furto e roubo. Possuem corpo numeroso de funcionários especializados, dispondo de conhecimentos técnicos suficientes para a verificação da autenticidade das assinaturas apostas nos saques. Uma vez entregue ao banco, o dinheiro do correntista se confunde com o numerário existente nos cofres do estabelecimento, conservando o depositante apenas sua criação, que pode ser, ou não, o dia da emissão; criado o cheque, pode, ainda contra a vontade do passador dêle, ser apresentado eficazmente, se o possuidor é de boa fé; se o cheque foi pós-datado, dêle consta que o passador o criou, mas a própria pós-data faz suspeitar-se da falta de emissão.

Alcançado o dia que consta do cheque, a pós-data é inoperante contra qualquer possuidor de boa fé. O passador do cheque pode incorrer em multa (Lei n. 2.591, art. 6.0). Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de junho de 1950 (E. *dos* 7"., 187, 678) : "Como terceiro de boa fé, entrando na posse do cheque muito depois da data de sua emissão, o recorrido nada tem que ver com o fato eventualmente ocorrido de o titulo ter sido pós-datado pelo emitente. Aliás somente a êsse último seria imputável a falta, sujeitando-o a penalidade".

5.ASSINATURA DO PASSADOR DO CHEQUE. O quarto requisito é o da assinatura do passador do cheque. A lei brasileira fala de assinatura do emitente, mas já sabemos o que se deve entender por *emissão ,* na linguagem de alguns juristas e de algumas leis. A assinatura é do próprio punho. Todavia, a assinatura falsa ou falsificada preenche o requisito e o título pode circular. É cheque, vale e é suscetível de eficácia. Se aquêle a quem se atribui a firma falsa pode excepcionar é outra questão; e a resposta afirmativa se impõe, tal como se dá em direito cambiário. A assinatura é do passador, ou de quem lhe seja órgão ou o represente. Não substitui a assinatura o sinal, o carimbo, a perfuração, ou a impressão digital.

A lei fala de assinatura. Pode ser abreviada. O pseudônimo pode bastar. Não se permite a assinatura a rôgo. O

analfabeto só por procurador, com podêres especiais e expressos, pode passar cheque.

O que assina cheque sem poder de órgão, ou sem procuração, ou com podêres insuficientes, fica por êle obrigado (Lei n. 2.044, art. 46; Lei n. 2.591, art. 15). Nos podêres de gerência da pessoa jurídica não se entende incluido o de emitir cheques.

Diz o art. 11 da Lei uniforme: "Quiconque appose sa signature sur un chêque, comme représent d"une personne pour laquelle il n"avait pas le pouvoir d"agir, est obligé lui-même en vertu du chêque et, s"il a payé, a les mêmes droita



odireito de sacar, com a garantia do seu depósito. Assim, todas as vêzes em que um falsário apresenta ao banco um saque com a assinatura falsificada, a vítima visada é o banco, e não o correntista, cuja assinatura falsificada é apenas um meia para a consecução do fim. Quem recebe o cheque é o banco, e não o correntista; quem o examina é o banco; quem pode exigir, ou dispensar provas de identidade é o banco. O correntista está alheio a tudo; ignora que alguém se apresenta com um cheque em que, aparentemente, figura a sua assinatura. Nenhuma providência pode tomar para evitar o êxito do criminoso. Se a falsidade fôr descoberta oportunamente, nenhum prejuízo sofrerá o banco; se fôr bem sucedida, é êle a vítima. Isso, aliás, constitui risco próprio do seu comércio". E a 9 de fevereiro de 1950 *<1?. dos 2*"., 185, 319) "Desde que os bancos pagam documentos falsificados, são responsáveis, uma vez provada a

falsificação, de que êles, e não os particulares, foram vítimas. Ê um dos grandes deveres e dos naturais riscos da profissão de banqueiro". O Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de julho de 1940 *(1?.* 1"., 88, 501; *R. dos 2"., 180,* 170; *Á. .7.,* 55, 197), disse, pelo relator do acórdão: "Se os autores não tivessem agido com negligência, deixando os prepostos sem vigilância e não guardando o livro de cheques com segurança, os cheques não teriam sido emitidos em seu nome e as quantias levantadas pelo seu preposto. Tivesse sido o Banco avisado da partida do sócio solidário e gerente para S5,o Paulo e os pagamentos também não teriam sido efetuados. Aliás, quanto à culpa dos autores, reconhecida pela sentença apelada, também se manifestou o desembargador-revisor. E a jurisprudência já assentou que: "Se a culpa é do correntista, isenta-se o Banco". Certo na conclusão, mas errado nos fundamentos, o Tribunal Federal de Recursos, a 22 de dezembro de 1948 <1?. *F.,* 123, 437): "A responsabilidade do estabelecimento bancário resulta da responsabilidade civil contratual que o liga ao depositante. Somente a culpa exclusiva dêste, ou o caso fortuito ou de fôrça maior poderia eximir o Banco da responsabilidade pelo pagamento de um cheque falsificado">.

A falsidade e a falsificação somente podem ser alegadas em objeção pelo que seria, sem aquela, ou sem essa, vinculado. Ora, vinculado somente é quem se inseriu na vida da cheque, 1.

tal como êle é no momento em que, pela assinatura, a vinculação só se dá. A aparência é da máxima relevância.

Quem se vincula, havendo a assinatura, que não foi feita pelo criador do cheque, e o vinculado, se sacado fôra, pela indistinguibilidade do falso, não poderia recusar o pagamento, tem ação contra os que se vincularam antes mas após o falso.

## CAPITULO II

## CIRCULAÇÃO DO CHEQUE

### § 4.121. Lei da circulação

1.CLÁUSULAS DA CIRCULAÇÃO DO CHEQUE. À diferença da vida

circulatória cambiária da letra de câmbio, que pode ser longa, e da nota promissória, que também o pode ser, o cheque tem vida cambiariforme curta: começa com a data da subscriçAo e termina com o prazo de apresentação, ou com o protesto pelo não-pagamento. Nem por isso se priva o cheque de endossos e de avales, de endossos-procurações, endossos

-penhôres e outros acidentes cambiariformes. O cheque pode ser *nominativo, à ordem,* ou *ao portador.* Se nominativo, pode conter a cláusula à ordem. Sem que fôsse preciso, explicitou-o o ad. 3? da Lei n. 2.591: "O

cheque pode ser ao portador, nominativo, com ou sem cláusula à ordem. O cheque ao portador transfere-se por simples tradiç~o e é pagável a quem o apresentar. O nominativo, com a cláusula à ordem, é transmissível por via de endôsso, que pode ser em branco, contendo somente a assinatura do endossante. Se o cheque não indicar o nome da pessoa a quem deve ser pago, considerar-se-á ao portador". A lei permite o cheque nominativo sem a cláusula à ordem, no que se separa de outros sistemas jurídicos, inclusive da Lei uniforme concernente a cheques (Anexo 1), art. 14. Entre as três soluções técnicas, a de poder ser transmssível à ordem o cheque nominativo, se não contém a cláusula não à ordem, a de não poder ser transmissível à ordem, se não contém a cláusula à ordem, e a de ser transmissível à ordem ainda que se houvesse inserto a cláusula não à ordem, a Lei n.2.591, art. 32, preferiu a segunda, à diferença do Decreto--lei francês de 80 de outubro de 1935, que adotou (arts. 52, alínea 3□8, e 13, alínea 2.~) a primeira. Diz o art. 14 da Lei uniforme concernente a cheques (Anexo 1):

"Le chêque stipulé payable au profit d‟une personne dénommée avec la clause "non a ordre" ou une clause équivalente n‟est transmissible que dans la forme et aveo les effets d‟une cession ordinaire. L‟endossement peu être fait niême au profit du tireur ou de tout autre obligé. Ces personnes peuvent endosser le chêque à nouveau".

Lê-se na Lei uniforme, art. 5: "Le chêque peut être stipulé payable: à une personne dénommée, avec ou sans clause expresse "à ordre"; à une personne denommée, avec la clause "non a ordre" ou une clause équivalente; au porteur. Le chêque au profit d‟une personne dénommée, aveo la mention "ou au porteur", ou un terme équivalent, vaut comme chêque au porteur. Le chêque sans indication du bénéficiaire vaut comme chêque au porteur".

Na Lei n. 2.591, diz o art. 89, alíneas 1.8 e 2.8: "O cheque pode ser ao

portador, nominativo e com ou sem a cláusula à ordem. O cheque ao podador transfere-se por simples tradição e é pagável a quem o apresentar, O

nominativo, com a cláusula à ordem, é transmissível por via de endôsso, que pode ser em branco, contendo somente a assinatura do endossante. Se o cheque não indicar o nome da pessoa a que deve ser pago, considerar-se-á ao portador". A regra é, portanto, que o cheque seja ao portador, porque, se não se diz o nome do tomador (= primeiro possuidor), é *ao portador* o cheque, pelo menos enquanto não se enche, se não foi posta uma linha ou outro obstáculo à inserção do nome do tomador ou de cláusula à ordem.

As cláusulas que impliquem intransferibilidade ou endossabilidade exclusiva são acidentais.

Se o cheque é intransferível, só se admite cessão civil do seu valor. A cláusula não à ordem corta a possibilidade de transferência do título chéquico.

T

Ix

2.CHEQUE NOMINATIvO SEM CLÁUSULA Á ORDEM. A circulação do cheque não à ordem, não endossável, *recta,* ou simplesmente, no direito brasileiro, nominativo sem cláusula à ordem, apenas se opera com os pressupostos de fundo e de forma e a eficácia da cessão comum (Código Civil, art. 1.078) porém a natureza do título abrevia a forma da cessão, inscrevendo-se no título, e faz a apresentação equivaler à notificação do art.

1.069 do Código Civil. O cheque pode ser entregue ao cessionário mesmo antes da cessão *(e.* g., já estava com êle, antes da cessão, por outra causa), ou simultâneamente com a cessão, ou depois da cessão. O tomador e o sucessivo possuidor do cheque não à ordem, ou, no direito brasileiro, nominativo sem cláusula à ordem, pode, por sua vez, ceder o cheque, ou assiná-lo para o pagamento, ou constituir endôsso

-procuração, de modo que o endossatário-procurador o receba. Pode,

outrossim, empenhá-lo, de acôrdo com os arts. 790-795 do Código Civil. O endôsso-procuração legitima o possuidor, à semelhança da cessão inscrita no título e o endôsso que se haja de considerar cessão. A cessão *brevi manu* e a simples posse não produzem legitimação. O sacado não deve pagar o cheque nominativo sem que o tomador nominado assine, no dorso, o cheque, ou passe recibo à parte. A quitação é indispensável. Todavia, pode o sacado, a seu risco, satisfazer-se com a simples entrega (Código Comercial, art. 434, alínea 1.8:

"O credor, quando o devedor se não satisfaz com a simples entrega do título, é obrigado a dar-lhe quitação ou recibo, por duas ou três vias, se êle requerer mais de uma"; Código Civil, art. 945: "A entrega do titulo ao devedor firma a presunção do pagamento"). Não há, no direito brasileiro, presunção a favor do possuidor do título, inclusive o sacado, se êle é nominativo e não foi endossado em branco, O que a Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 89, alínea 1.8, diz é que "o possuidor é considerado legitimo proprietário da letra ao portador e da letra endossada em branco".

Ofato de não ser endossável o cheque nominativo, a que se não acrescentou a cláusula à ordem, de modo nenhum influi na sua natureza de título abstrato, a despeito de a circulação não ser ao portador ou à ordem. As objeções e exceções do sacado são as que teria contra o tomador e, de acôrdo com o ad. 1.072 do Código Civil, as que tem contra o cessionário.

O que acima expusemos resulta, necessâriamente, do art. 39, alínea 1.8, 3□8 parte, da Lei n. 2.591, onde se diz que o cheque nominativo, "com a cláusula à ordem, é transmissível por via de endôsso, que pode ser em branco, contendo somente a assinatura do endossante". Na prática, tem-se admitido o endôsso dos cheques nominativos, sem se exigir a cláusula permissiva. Em verdade, os sacados procedem como se houvesse a regra jurídica: "na falta da cláusula não à ordem, o cheque nominativo é endossável". Aproxima-se o uso mercantil brasileiro, assim, do que se estabeleceu no direito uniforme.

O endOsso, sózinho, não tem a eficácia de transferir a posse e a propriedade do cheque. A propriedade resulta do endôsso *mais a* posse. O cheque só endossável é transferível por endôsso. A discussão acêrca de quem é o possuidor apenas se desenvolve entre os que se dizem possuidores, de modo que pode ter havido *transferência da legitimação ativa* sem ter havido *transferência da posse própria* e, pois, da *propriedade.*

Se entre duas pessoas, uma das quais é dona do cheque, houve negócio jurídico consensual, ou se houve negócio jurídico real, sem que se tivesse feito o endôsso, ou tivesse ocorrido a tradição, não houve transferência da posse e da propriedade do cheque.

Por outro lado, pode ter havido o endôsso e a tradição, sem que se haja na relação jurídica entre endossante e endossatário transferido o direito ao cheque, pela natureza do negócio jurídico que se concluiu entre o endossante e o 6ndossatário. Por vêzes, em lugar do endôsso pleno, há o endôsso-procuração, ou o endôsso-penhor, a despeito de, segundo o negócio jurídico subjacente, ou simultâneo, ou sobrejacente, ter havido a transferência da posse própria. Aí, a propriedade não se transferiu, porque falta o endOsso pleno.

Quem é endossatário em prêto pode endossar em branco. Quem é possuidor do título endossado em branco pode endossá-lo em prêto. Se o endOsso em branco não está explícito (não se diz "em branco"), há a possibilidade de inserir-se o nome (endOsso incompleto, que em branco é).

Opossuidor do cheque endossado em branco é legitimado ativo.

t

3.CIRCULAÇÃO CAMBIARIFORME DO CHEQUE. O cheque circula, cambiariformemente, à ordem, ou ao portador. Com o endOsso e a tradição, o endossante perde o direito sObre o cheque, e adquire-o o endossatário.

Com a tradição, o portador faz-se titular do direito, enquanto o perde o tradente. Se o endôsso é em branco, com a tradição, o portador adquire o direito, e perde-o o endossante. Se a circulação há de ser à ordem, pode haver endOsso, e não haver tradição: a posse e, pois, o direito continuam com o endossante; se há tradição sem endOsso, a posse é insuficiente para que o direito se transfira, e há de entender-se posse em nome do proprietário do cheque.

(a)Com o endOsso e a tradição do título endossável, ou com a tradição do cheque ao portador, transferem-se todos os direitos que se irradiaram do negócio jurídico do cheque, inclusive direitos acessórios.

A circulação deixa de ter eficácia cambiariforme, se após ocheque ter sido apresentado, sem se obter pagamento, se seguir o protesto, ou se já terminou o prazo de apresentação.

O endOsso ao sacado é cessão; a tradição, se ao portador o cheque, é solução da dívida da soma expressa no cheque.

O endossante, que readquire, ou o avalista, que adquire o cheque, por tê-lo pago em regresso, tem direito próprio, uma vez que: tenha sido obrigado, em verdade, no regresso; se liberou o que, em regresso, exerceu a pretensão cambiariforme. No direito uniforme, art. 46, fala-se de soma integral que o adquirente pagou ("la somme intégrale qu‟il a payée", interêsses e despesas). Devemos entender que a soma é a que se devia e não se exige ter sido onerosa a aquisição (sem razão, LORENzO MOSSA, *Lo Check e l‟Assegno circolare,* 255, que exige a onerosidade da aquisição) : o endossante, que protestou, pode doar ao obrigado de regresso o título.

O *endôsso em branco* ("a..."; ou simplesmente com a assinatura do endossante) opera a transferência do cheque a quem obtenha a posse. O *endOsso em prêto* exige que a posse esteja com o endossatário nomeado. O endOsso ao portador abre outra vida circulatória ao titulo; o endOsso em branco permite que o portador faça voltar o título à circulação à ordem o endOsso em branco é endOsso ao portador e à ordem).

O cancelamento do endOsso ao portador restaura a circulabilidade anterior.

(b)O endOsso não pode ser parcial, nem sob condição:

o endOsso parcial é ineficaz, porque não entra no mundo jurídico; no endOsso condicional, ineficaz é a condição.

Se o endOsso parcial, no direito extracambiariforme, é cessão, e vale, é questão que só o direito extracambiariforme pode, na espécie, responder. Se a soma ficou reduzida por pagamento parcial, ou por pagamentos parciais, inscrito ou inscritos no cheque, o endOsso que se refere ao resto não é parcial, entra no mundo jurídico e é eficaz.

O que, a respeito dos títulos cambiários, foi dito quanto à circulação e à boa fé, rege também as transferências do cheque. Diz a Lei uniforme, art. 19: "Le détenteur d‟un chêque endossable est considéré comme porteur légitime s‟il justifie de son droit par une suite ininterrompue d‟endossements, même si le dernier endossement est en blanc. Les endossements biffés sont, à cet égard, réputés non écrits. Quand un endossement en blanc est suivi d‟un autre endossement, le signataire de celui-ci est réputé avoir acquis le chêque par l‟endossement en blanc".

Acrescenta o art. 21: “Lorsqu‟une personne a été dépossédée d‟un chêque par quelque événement que ce soit, le porteur entre les mains duquel le chêque est parvenu soit qu‟il s‟agisse d‟un chêque au porteur, soit qu‟il s‟agisse d‟un chêque endossable pour lequel le porteur justifie de son droit de la manière indiquée à l‟article 19 n‟est tenu de se dessaisir du chêque que s‟il l‟a acquis de mauvaise foi ou si, en l‟acquérant, il a commis une faute lourde”.

Diz a Lei uniforme, art. 17: “L‟endossement transmet tous les droits résultants du chêque. Si l‟endossement est eu blanc, le porteur peut; 1) remplir le blanc, soit de son nom, soit du nom d‟une autre personne; 2) endosser le chêque de nouveau en blanc ou à une autre personne; 3) remettre le chêque à un tiers, sans remplir le blanc et sans l‟endosser”.

4. CHEQUE AO PORTADOR. O cheque ao portador circula pela aquisição da posse. A tradição é elemento comum *necessário* a qualquer circulação do cheque; elemento *necessário* e *suficiente,* tratando-se de cheque ao portador, ou endossado em branco. (Evite-se pensar em cessão, quando se cogita de transferência de cheque. Pode ter havido cessão, ou só ter havido cessão; mas, num e noutro caso, fica no plano dos negócios jurídicos subjacentes.) O que importa é a aquisição da posse. O que importa é a boa fé do adquirente. O fato de não figurarem no cheque os portadores sucessivos, em se tratando de cheque ao portador, ou endossado em branco, não exime cada portador, na série dos possuidores transferentes, da responsabilidade pela existência de cheque: quem transfere cheque ao portador, ou endossado em branco, transfere cheque, embora não no endosse; é como quem transfere relógio, chapéu, ou anel, ou título de crédito. Não assume responsabilidade pelo pagamento do cheque; por isso não figura no título. Aliás, quem cede cheque nominativo, ou à ordem, também não se vincula cambiariformemente; razão por que, em vez de endOsso, se preferiu a norninatividade, ou, em vez do possível endOsso, se preferiu a cessão (Código Civil, art. 1.073). Em todo caso, o cedente pode, por cláusula expressa no documento da cessão, obrigar-se pela solvência do devedor (arts. 1.074 e 1.075).

Oque transfere cheque ao portador pode vincular-se formalmente ao título dizendo-se endossante do titulo (ou transferente). O endOsso do cheque ao portador insere o possuidor, como endossante, na vida do título ao portador (cf. art. 20 do direito uniforme). O titulo não muda de natureza: o portador posterior legitima-se com a posse, salvo se o endOsso foi em prêto, caso em que o endossatário inicia a cadeia dos possuIdores posteriores ao endossante e pode, se endossa o título,

ligar-se como endossante. Tais endossos são suscetíveis de aval. Para se endossar o cheque ao portador, basta que se insira, no dorso do titulo, a firma. De nada mais se precisa, a despeito de ser ao portador o cheque. Dá-se o mesmo quanto ao cheque endossado em branco. A assinatura liga o portador, como endossante, ainda que a sua intenção não fosse essa; salvo como exceção ao portador que estava em contacto com êle e, pois, não é protegido pela boa fé, ou aos possuidres de má fé.

Se houve endOsso do cheque ao portador, ou endossado em branco, a circulação posterior, como a anterior, não está inscrita no cheque, não aparece. As posses é que estabelecem a cadeia de sucessivos possuidores; portanto, *fora* do cheque.

O endossatário tem legitimação processual, ativa e passiva,pelo endossante.

5.EFICÁCIA DA POSSE no CHEQUE AO PORTADOR. A posse do cheque ao portador tem efeitos perante o sacado e perante outras pessoas. Um dêles é o de legitimação ativa, perante o sacado. Outro, o de determinar a propriedade. Porém nem tOda posse, como é princípio comum aos títulos cambiários e cambiariformes, causa a propriedade, pOsto que, o que é peculiar aos títulos cambiários e cambiariformes.

§ 4.122. Endossos para transiação do direito à provisão

1.CHEQUE E ENDOSSO. Cheque é o título cambiariforme em que o criador do título, comunicando, implicitamente, que tem fundos disponíveis em banco ou em poder de comerciante, assume, por promessa indireta, isto é, de *fato alheio,* que é prestar dinheiro, obrigação cambiariforme. Há elemento nOvo, em relação aos títulos cambiários, que é a comunicação de conhecimento, o enunciado de fato, de haver provisão; à semelhança do que se passa com a duplicata mercantil, em cuja criação há a comunicação de ter havido compra-e-venda de mercadorias.

OendOsso do cheque constitui promessa do fato de terceiro, que é o sacado, feita pelo que endossa. O aval é promessa de fato próprio, nos têrmos da promessa do avalizado. À medida que o cheque recebe as assinaturas posteriores à do seu criador, o complexo de obrigaçôes cresce, bem que a prestação continue objetivamente a mesma.

Osacado não tem de verificar a autenticidade dos endossos; mas, se o endossante é o próprio passador do cheque, o dever de verificar a autenticidade da firma do passador do cheque suscita-lhe o de verificar se também é autêntica a do endossante, que é a mesma. Dai ter ressalvado a espécie o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de maio de 1928 *(R. dos T*‟*.,* 66, 346) : “Os bancos não são obrigados a verificar a autenticidade de endOsso aparentemente lançado pelo beneficiário (não emitente), desde que não seja grosseira a falsificação havida,

§ 4.122. CHEQUE E ENDOSSO

165

não acusando o endOsso nem rasuras nem emendas. Mas, sendo visível a falsidade, e tendo o banco, em seus livros, registada a assinatura autêntica, do beneficiário, desconhecendo, ainda mais, o portador do cheque, conclui-se que foi imprudente, não verificando a legitimidade do dito portador. Por isso, responde civilmente pela sua culpa”.

Osacado e qualquer obrigado chéquico, que paga, tem de examinar a série dos endossos; não, porém, a autenticidade das firmas dos endossantes. Se o cheque foi nominativo, com cláusula à ordem, o primeiro endôsso é o do tomador. Se o cheque foi em branco, primeiro endossante foi quem vem em primeiro lugar na ordem espacial das firmas. Se houve enchimento posterior indicando alguém como tomador, não há mais cheque em branco.

2.CHEQUES ENDOSSÁVEIS E CHEQUES INENDOSSÁVEIS. À diferença do direito uniforme e dos outros Estados, o cheque, no Brasil, sendo nominativo, é inendossável. Para que o cheque nominativo possa ser endossado, é preciso que esteja inserta a cláusula à ordem. Se há endOsso em tal cheque, não é endOsso; se tem a natureza da cessão, ou a eficácia da cessão, ou se a declaração é inexistente, em direito sObre cheques e noutros planos do sistema jurídico, é questão que adiante estudaremos. Já antes dissemos que a prática foi reduzindo a bem pouco

o alcance do art. 3~O, alínea □

1 a, g□a parte. Os sacados tratam os cheques nominativos, se não têm a cláusula “ou a ordem”, como títulos endossáveis. O que resta é a maior intensidade, digamos assim, do dever de diligência, por parte do sacado, ao ter de verificar a autenticidade da assinatura do

tomador-endossante.

Se o cheque é à ordem, transfere-se por endOsso e são de incidir as regras jurídicas da Lei n. 2.044, art. 8.0 (Lei n.

2.591, art. 15). Já se disse que o endOsso, devido à cláusula à ordem, purifica o titulo dos vícios que o tivessem podido infestar, o que é falso: não é a cláusula à ordem que tem tal efeito, é a natureza do titulo circulável quando se tutela a boa fé; o que o limpa é a boa fé, seja do endossatário, seja do adquirente do título ao portador, ou endossado em branco. Outro êrro é dizer-se que, para se haver o título, não precisa só o endossatário provar o seu domínio, é preciso que prove o tê-lo conseguido de boa fé.

Ora, sem a boa fé da aquisição, não há domínio do titulo; a boa fé é pressuposto da aquisição, e não elemento a mais para a pretensão restitutoria.

3.ONDE SE LANÇA o ENDOSSO. No art. 8.0 da Lei n. 2.044 (Lei n. 2.591, art. 15), estatui-se que, para a existência do endOsso, é suficiente a assinatura do próprio punho do endossante, ou do mandatário especial, no verso do título endossável, e que o endossatário pode completar êsse endOsso. Entenda-se: a) a simples assinatura por quem pode endossar, no verso do cheque, é declaração de vontade de endossar; b) o endossatário pode transformar êsse endOsso em branco em endOsso em prêto, inserindo o seu nome, ou, eliminando-se da circulação, o de outrem. O endOsso, só, não transfere o cheque; é preciso que haja o endOsso e a tradição, O

endOsso, pode ser elidido:

cancelando-se (Lei n. 2.044, art. 44, § 1.~); a tradição pode ser elidida pela tradição em sentido inverso, ou pela tradição a outrem, se, não tendo sido em prêto o endOsso, se insere o nome do possuidor seguinte, ou de um dos possuIdores seguintes. POsto no anverso do título (fora do *dorso,* portanto), tem o endOsso de ser explícito. O que dissemos, contra a opinião dos que negavam a possibilidade de se endossar no anverso a letra de câmbio, tem tOda pertinência a respeito do cheque. No anverso, a simples assinatura seria aval, e não endOsso; mas pode ser endOsso se expressamente se diz (“Endosso a G., F.”, “Endosso, F.”, “Como endossante, F.”). O endOsso há de ser no cheque, salvo se houve alongamento do cheque; mas a parte junta faz-

se cheque, é parte do cheque.

Lê-se na Lei uniforme, art. 16: “L‟endossement doit être inscrit sur le chêque ou sur une feuille qui y est attachée (alionge). 11 doit être signé par l‟endosseur. L‟endossement peut ne pas désigner le béneficiaire ou consister simplement dans la signature de l‟endosseur (endossement en bíane). Dans ce dernier cas, l‟endossement, pour être valable, doit être inscrit au deux du chêque ou sur l‟allonge”.

4.DECLARAÇÃO DE VONTADE DE ENDOSSAR. Já vimos que o endOsso, no verso, pode constar de simples assinatura. Então, é em branco, sem data e sem indicação do lugar. Pode ser em branco (= ~ sem nome do endossatário) e ter indicação do lugar e data, ou sOmente indicação do lugar, ou sOmente a data. Se não há data e passou o prazo para a apresentação, presume-se que tenha sido lançado dentro do prazo o endOsso, isto é, presume-se ter a eficácia própria do endOsso, em vez de se presumir ser endOsso com eficácia, apenas, de cessão.

O endOsso em branco pode ser no verso e no anverso; *e.* g., no anverso, “Endosso, F.”. Desde que do endOsso não consta o nome do endossatário, o endOsso é em branco, lance-se no verso (basta a assinatura), ou anverso (há de haver explicitação de se tratar de endOsso, e não de aval). O endOsso em branco pode ser completado: preenchido, faz-se endOsso em prêto.

5.ENDOSSO PURO E SIMPLES. O endOsso tem de ser sem condição e sem têrmo. Se há cláusula de condição ou se o endOsso foi lançado a término, tem-se por não escrita a restrição. Diz a Lei uniforme, art. 15:

“L‟endossement doit être pur et simple. Toute condition à laquelie il est subordonné et réputée non écrite.

L‟endossement partiel est nul. Est également nul l‟endossement du tiré. L‟endossement au porteur vaut comme endossement en blanc. L‟endossement au tiré ne vaut que comme quittance, sauf dans le cas oú le tiré a plusieurs établissements et oà l‟endossement est fait au bénéfice d‟un établissement autre que celui sur lequel le chêque a été tiré”.

§ 4.123. Endossos não transiativos

1.ENDOSSO-MANDATO, OU ENDOSSO-PROCURAÇÃO; ENDOSSO CAMBIARIO. O endossante por procuração não é vinculado aos endossatários senão pela relação entre êle e os endossatários, que é a de mandato, a de locação de obra, ou a de serviço bancário. A relação jurídica é que estabelece os direitos, deveres, as pretensões, obrigaçôes e ações. O endOsso fiduciário pode ser em prêto, ou em branco. A morte ou incapacidade superveniente do endossante-mandante não extingue o mandato conferido, nem se poderia invocar, para se afirmar a extinção, o art. 1.816, II, do Código Civil, ou o art. 157, inciso 3, do Código Comercial; mas extingue-se o mandato pela morte, ou incapacidade superveniente do endossatário-mandatário. No mesmo sentido, o direito uniforme, art. 23, alínea B.a: “Le mandat renfermá dans un endossement de procuration ne prend pas fin par le décês du mandant ou la survenance de son incapacité”.

Contra o endossatário-procurador podem ser opostas defesas próprias ao endossante e defesas nascidas contra o endossatário-procurador, por atos concernentes ao interêsse do endossante; e ao endossante podem ser opostas defesas que nasceram da relação jurídica com o endossatário-procurador, se agiu no interêsse do endossante Se, no cheque ao portador, ou no cheque endossado em branco, aparece endôsso-procuração, em branco, o possuidor, que o apresenta, legitima-se como proprietário, salvo se se declara simples endossatário-procurador. Tal declaração o pré-exclui da série dos possuidores

-proprietários, é a de simples endossatário-procurador.

EndOsso impróprio, ou endOsso-mandato, ou endôsso-procuraçáo, é aquêle em que o endossante do cheque transfere a outra pessoa o exercício e a conservação dos seus direitos, sem dêsses dispor (Lei n. 2.044, art. 8.0, §

1.0). Não se confunde com o endOsso feito por procurador do endossante. No restringir os podêres, o endossante pode ir ao extremo de só os conferir para cobrança judicial, para cobrança amigável, para atos conservativos, ou para determinada apresentação *(e.* g., para obtenção de *visto).* Dentro dos podêres recebidos, pratica o endossatário os atos que o endossante poderia praticar, inclusive o de endossar, sem que seja preciso transferir ao nOvo endossatário todos aquêles podêres que recebeu. Em consequência, o endossatário-mandatário não adquire direitos chéquicos para si, nem, endossando dentro dos podêres recebidos, se faz vinculado cambiariforme. Se, de posse do cheque, lhe altera a aparência de endOsso-mandato e o endossa como se fOra dono do cheque, fica pessoalmente obrigado.

Entre o endossante-mandante e o endossatário-mandatário a relação mais vulgar é a do mandato, regulado pelo direito comum, e nunca pelo direito cambiariforme. De regra, são aplicáveis ao endossatário-mandatário os arta. 142-144 e outros mais do Código Comercial. Porém nada obsta a que o endossante, na restrição dos podêres, dê à relação outra estrutura jurídica que a do mandato, uma vez que não transfira o seu direito sObre o cheque.

§ 4.123. ENDOSSOS NÃO TRANSLATIVOS

O endOsso-mandato legitima processualmente. O endOsso "valor em cobrança" é endOsso-procura, sem poder de reendos sar, como, aliás, qualquer endOsso-procura. Para que o en dôsso-procura contenha poder de endossar prOpriamente, é preciso que se lhe junte a cláusula "à ordem do endossatário", ou outra, que lhe equivalha.

2. CHEQUE E PENHOR. Podem-se empenhar o cheque nominativo, o cheque à ordem e o cheque ao portador.

O penhor do cheque ao portador rege-se pelos arts. 768-775 do Código Civil; o penhor do cheque nominativo ou à ordem, pelo art. 790. O instrumento pignoratício ou caucionário pode ser registado, por transcrição, segundo o art. 800 do Código Civil, art. 134, II e III, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939; e pode o cancelamento ser promovido pelo devedor, apresentando, com a firma reconhecida, se o documento fOr particular, a quitação do credor (Código Civil, arts. 801 e 1.093). Sendo mercantil o penhor, incidem os arts. 271-279 do Código Comercial. O art. 277 estatui: "Se a coisa empenhada consistir em títulos. de crédito, o credor que os tiver em penhor entende-se sub-

-rogado pelo devedor, para praticar todos os atos que sejam" necessários para conservar a validade dos mesmos títulos, e os direitos do devedor, ao qual ficará responsável por qualquer omissão que possa ter nesta parte. O

credor pignoratício é igualmente competente para cobrar o principal e réditos do titulo ou papel do crédito empenhado na sua mão, sem ser necessário que apresente podêres gerais ou especiais do devedor (art. 387)".

O possuidor do cheque nominativo, ou à ordem, em caução, não é legitimado como credor pignoratício sem que apresente o cheque e a prova da caução. O possuidor do cheque ao portador, ou endossado em branco, legitima-se como possuidor, apresentando o título, e pode

declarar que apenas é possuidor imediato, em virtude de contrato de penhor. Tal declaração o pré-exclui da série dos possuidores a titulo de donos.

A Lei n. 2.591, art. 15, estatuiu: “São aplicáveis ao cheque as disposições da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, em tudo que lhe fOr adequado, inclusive a ação executiva”, O endOsso-penhor é permitido em direito cambiário e nada obsta à incidência dos seus princípios ao cheque. Se o direito não cogitou dêle, foi isso devido à sua quase nenhuma importância prática, tão curto é o prazo de apresentação. Tratando-se de cheque à ordem, o endOsso-penhor, se em prêto, mostra que o endossatário-possuIdor não é dono do cheque; Não se passa o mesmo se o cheque é ao portador e o possuidor, devedor pignoratício, não o endossou, pignoraticiamente, em prêto; porque, então, a posse imediata é indiscernível da posse plena. Se o endossou em branco, sabe-se que pode ainda haver duas posses e não se discernem. Mesmo porque a boa fé dos adquirentes os forra às restrições que o penhor impusera ao cheque. Se o cheque é à ordem e endossado, pignoraticiamente, em branco, o possuidor está sujeito à aparência do título; o endossante é o dono do cheque, é possuidor mediato, e qualquer possuidor posterior não pode pretender que se lhe reconheça posse plena.

Não são oponíveis ao credor pignoratício as objeções e exceções que só o seriam ao devedor empenhante.

3.ENDOSSOS NÃO TRANSLATIVOs. O endOsso-procura e o endOsso-penhor não são os únicos endossos não translativos. Se o endOsso, por outra razão, não é transíativo, os princípios são os mesmos. Estatui a Lei uniforme, art. 23:

“Lorsque l‟endossement contient la mention “valeur en reeouvrement”, “pour encaissement”, “par procuration” ou toute autre mention impliquant un simple mandat, le porteur peut exercer tous les droits découlant du chOque, mais ii ne peut endosser celui-ci qu‟à titre de procuration. Les obligées ne peuvent, dans ce cas, invoquer contre le porteur que les exceptions qui seraient opposables à l‟endosseur. Le mandate renfermé dans un endossement de procuration ne prend pas fin par le décês du mandant ou la survenance de son incapacité”.

„4

§ 4.124. EndOsso e acidentes de tempo e de vontade

1.ENDOSSO POSTERIOR AO PRAZO DE APRESENTAÇÃO E ENDOSSO APÓS A FALTA DE

PAGAMENTO. Com a falta de pagamento do cheque e protesto, a que alguns preferem chamar desonra do cheque, o endOsso posterior é sem a responsabilidade do endossante, porque já se não tutela a boa fé: não pode estar de boa fé quem adquire cheque que, apresentado, não foi pago pelo sacado, ou expirou o prazo de apresentação. O endOsso conserva a sua função de investidura e de legitimação: no fundo e na forma, endOsso; nos efeitos, cessão. Tudo se passa como a respeito da letra de câmbio. Se sobreveio protesto, a identificação dos dois títulos é quase atingida. Se, porém, foi apresentado o cheque e não foi pago, e ainda não se esgotou o prazo de apresentação, pode o endossatário ignorar a desonra do cheque: nem a falta de pagamento consta do cheque, nem houve protesto. Tal possuidor, por endOsso posterior à apresentação, pode reapresentar, dentro do prazo de apresentação, e não há, aí, endOsso póstumo. Cessa o direito à apresentação se de má fé o possuidor, ou se há inserção no cheque da recusa de pagamento, ou se houve protesto. Cumpre, ainda, observar-se que não se presume lançado, fora do prazo de apresentação, o endOsso. O art. 8.~, § 2.0, da Lei ri. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, é regra jurídica sObre cheque (Lei n. 2.591, art. 15) e há de ser enunciada da seguinte maneira: “O endOsso posterior ao prazo de apresentação tem efeito de cessão civil”. No direito uniforme, o art. 24, alíneas

□a, estabeleceu, na esteira que seguíamos: “L‟endossement fait aprês l 1a e 2

e protêt, ou

une constatation équivalente, ou aprês l‟expiration du délai de présentation, ne produit que les effets d‟une cession ordinaire. Sauf preuve contraire, l‟endossement sans date est presumé avoir été fait avant le protêt ou les constations équivalentes ou avant l‟expiration du délai visé à l‟alinéa précedent”.

Se há transferência da posse do cheque após o prazo de apresentação, ou após o protesto, o possuidor posterior não tem a tutela especial da boa fé.

2.CHEQUE QUE PASSA À MIO DO SACADO. Pode dar-se que o cheque vá parar às mãos do sacado. A posse do sacado faz presumir-se pago o cheque. Ésse não pode endossar o cheque; tal endOsso não entraria no

mundo jurídico. Cumpre, todavia, que se não confundam a transferência do titulo ao sacado, e a transferência à pessoa jurídica, de que faz parte, ou de que é órgão o sacado, ou vice-versa. A transferência à pessoa jurídica, de que faz parte o sacado, ou de que êle éórgão , não se entende entrega seguida de pagamento: a presunção seria descabida.

Nem a transferência a alguém, que faz



parte de pessoa jurídica, ou que dela é órgão , faz presumir-se pagamento do cheque. Se houve endOsso ao sacado, e não houve tradição, não se presume o pagamento. Nem se há de presumir. se o sacado, a quem foi endossado o título, ou feita a tradição, perde a posse. Sem a posse não há a presunção. Não importa se o endOsso foi em branco, ou se foi em prêto.

A vedação de poder o sacado endossar o cheque assenta em que a lei estabeleceu vida circulatória assaz curta ao cheque, pois que lhe fixou prazo de apresentação, contado a partir da data da subscrição, e fêz cessar tal trato cambiariforme de tempo com o pagamento. Se se permitisse o endOsso pelo sacado, ter-se-ia elidido a finalidade da lei, prolongando-se além dos limites temporais a existência cambiariforme do cheque.. O endOsso ao sacado, seguido de tradição, presume-se quitação, e fêz bem o direito uniforme, art. 15, alínea 5?, em expli citá-la:

“L‟endossement au tiré ne vaut que comme quittance, sauf dans le cas oh le tiré a plusieurs établissements et oh 1‟endossement est fait au benéfice d‟un établissement autre que celui sur lequel le chêque a été tiré”. Se o cheque é contra o Banco do Brasil, 5. A., à rua 1.0 de Março, Rio de Janeiro, e o endOsso à agência de São Paulo, não há presunção de pagamento. Se o banco permite que os cheques de uma agência sejam, regularmente, pagos por outra, da mesma cidade, a presunção existe. Tal agência pode fazer circular o cheque. Tem direito de regresso contra o passador do cheque, que não tenha provisão, ou não estava autorizado a criar cheques. Bem que de difícil elisão, a presunção de pagamento pode ser elidida. *E.* g., o portador entregou o cheque, e o banco, em vez de entregar a senha

correspondente ao cheque, lhe entregou a de outro menor, que fOra para crédito de alguma conta do próprio portador, ou de outro.

A solução técnica de se negar ao sacado o poder endossar não tem pertinência e o endOsso foi a agência, ou estabelecimento, que não poderia pagar o cheque. Se a agência, ou estabelecimento, credita ao endossante, ou ao passador do cheque, a importância sacada e a debita ao sacado, trata-se de operação interna, que não é pagamento, salvo se tal agência ou estabelecimento tem função de pagar cheques de tal procedência. Então, o sacado perde a faculdade de não pagar o cheque, por falta de provisão, ou de provisão suficiente, ou de autorização para criar cheques, uma vez que a agência ou o estabelecimento são, ex *hypothesi,* o sacado mesmo, para efeito de pagamento. Se a agência, ou estabelecimento, não tem função de pagar, não lhe corre o dever de conhecer a existência ou inexistência da provisão, ou da autorização para criar cheques; isso não lhe poderia retirar a faculdade de adquirir cheques da matriz, ou de outra agência, ou estabelecimento, ou de os receber por endôsso-procuração, endOsso-penhor, ou para cobrança. Tal agência ou estabelecimento tem de protestar para ter a ação de regresso.

Discute-se se a cessão ao sacado pode pré-excluir a presunção de pagamento e permitir que o sacado ceda a outrem o cheque. Mas a cessão levaria à confusão, por existir provisão suficiente, ou por se entender que o cessionário, aí, conhece o estado das relações jurídicas e de provisão entre o passador do cheque e êle mesmo, sacado. O que adquirisse, por cessão, do sacado cessionário de outrem, não adquiriria cheque com que se legitimasse.

Em vez disso, o endOsso ou a transferência do cheque ao portador, ou endossado em branco, ao sacado, ou a alguma agência, ou estabelecimento do sacado, ou de que faz parte o sacado, depois do protesto ou da expiração do prazo de apresentação, é pagamento (certo, LORENZO MOSSA, *Lo Cheelc e l"Assegno circolare,* 269). A agência ou estabelecimento que não é o sacado, recebendo o cheque protestado, ou fora do prazo, *pagou* o cheque, não o adquiriu como cheque.

3.A CIRCUILAÇÁO E AS DEFESAS. A posse do cheque à ordem, ou ao portador, por alguém, que a adquiriu de boa fé, tem como um dos efeitos principais só se admitirem as defesas que seriam admitidas se fOsse letra de câmbio o título. Se o cheque é nominativo, os possuidores não adquirem a propriedade dêsse e não se poderia invocar o sistema jurídico cambiário ou o cambiariforme.

a) As defesas literais nascem do próprio cheque: opõem-se ao subscritor do título e a qualquer possuidor. Não se pode pensar em tutela da boa fé porque seria tutelar boa fé contra a forma do cheque, contra o que a todos aparece.

Tais defesas são as que concernem à existência do cheque, à sua validade e à sua eficácia, como todo, ou de alguma das declarações de vontade insertas nêle (declaração do passador do cheque, do endossante, ou do avalista), ao prazo de apresentação e à prescrição, ao direito de enchimento do cheque em branco e à quitação formal do cheque *(e. g.,* o portador, seguindo instruções do banco, que lhe creditou a importância, lançou no cheque a quitação). Também são defesas literais as que dizem respeito à legitimação do portador, no que elas só dependem da natureza do cheque (nominativo, à ordem, ou ao portador), ou da irregularidade ou lacuna da circulação. A exceção de lugar de pagamento e a de não-apresentabilidade do cheque à agência ou à matriz, em vez de ao estabelecimento sacado, são literais. A objeção de inexistência ou de nulidade do protesto é literal. Bem assim, a de ser endossatário-mandatário, ou endossatário-procurador, ou outorgado de endOsso-penhor o endossatário que se quer aproveitar do regresso.

b) São defesas não-literais da declaração de vontade, criativa do cheque, ou de declaração de vontade, acidental, as que atingem o cheque, ou a declaração, sem constarem do titulo. A *falsidade* e a *falsifica çáo* suscitam objeções não-literais, oponíveis a todos, desde que ressaltem do título. Também as de inexistência, excesso e abuso de representação, que só se opõem aos possuidores de má fé. Os vícios de vontade não são oponíveis aos possuidores de boa fé. Quem adquiriu o cheque, sabendo que fOra criado em branco, não é possuidor de . boa fé, ainda que antes dêle alguém estivesse de boa fé. A objeção de pagamento, ou de outro modo de solução, não é pessoal, e não é oponivel a quem não recebeu. O portador está legitimado e tem a posse do título, que falta, *ex hypothesi,* ao passador do cheque e ao sacado; o possuidor de má fé, que não recebeu, está exposto a ela.

c) São defesas puramente pessoais: *a)* a de prorrogação ou dilação; *b)* qualquer exceção de inexistência, nulidade, ou falta de pretendibilidade ou acionabilidade, no tocante à relação jurídica subjacente, justa- ou sobrejacente; o) a defesa de conta corrente entre os portadores, no tocante ao regresso *(e. g.,* quem periôdicamente liquida com o saldo pode executar, pois atendeu à falta de pagamento). Não há exceção de compensação: compensar, no direito brasileiro, não é excepcionar, ainda no tocante aos títulos cambiários e cambiariformes, porque não emerge do negócio jurídico (com razão,

GAEHLER, *fie Einwendungen des Selzuldners nach. dem neuen Wechsel- und Scheckrecht,* 62). Expirado o prazo para apresentação, a compensação pode ser notificada aos adquirentes do cheque, que são cessionários e aos quais o portador, que comunicou ao sacado ter o cheque, garantiu a existência do cheque (Código Civil, art. 1.073).

Quanto às dívidas de jOgo, o sacado, depositário da quantia, pode alegar a inexigibilidade (Código Civil, arts.

1.477-1.479) não o passador do cheque e os endossantes, porque à diferença da letra de câmbio e da nota promissória o cheque é instrumento de pagamento, tão-só. Nem cabe ação de reembOlso por se ter emprestado cheque para jOgo, ou aposta (Código Civil, art. 1.478). Tão-pouco, é exceção pessoal contra o cheque a de estar prescrita a dívida emergida de negócio jurídico básico, porque o cheque adimple a dívida prescrita. Nem seria de opor-se alegação de concordata, que diminuiria a dívida:

com o cheque, adimpliu-se, voluntàriamente, a dívida. O que se pode dar é a incidência ocasional do art. 52 ou do ad. 53 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. O cheque empenhado e depositado, se a operação não foi inserta no cheque à ordem, não é defesa pessoal.

O possuidor de má fé expõe-se a tOdas as defesas, inclusive às pessoais. A má fé conceitua-se como em direito cambiário. Não há diferença em direito brasileiro. Nem há distinguir-se entre as defesas. O art. 22 do direito uniforme estatui: “Les personnes actionnées en vertu du chêque ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant le chêque, n“ait agi sciemment au détriment du débiteur”. *De lege ferenda,* não se justificava a substituição do conceito de má fé pelo de “agir sciemment au détriment du débiteur”. *De lege lata,* os intérpretes ou têm os dois modos de dizer como um só conceito, o de má fé, ou estabelecem que o direito uniforme especificou a má fé.

4.CHEQUE DE CLÁUSULA ALTERNATIVA. A lei permite, expressamente, a cláusula alternativa “F. ou à ordem”. Se não se inseriu tal cláusula, o cheque nominativo é inendossável. Resta saber-se se pode entrar no mundo jurídico (= ser existente) a cláusula “E. ou ao portador”. Sustentou F. MENDES PIMENTEL (Cobrança de cheque, 2?. *F.,* 31, 209) que, “se a mençáo da pessoa, a quem deve ser pago, é sem cláusula à ordem a Primus ou ao portador, a alternativa perdura até o pagamento, que será vàlidamente feito a Primus, ou a

quem quer que o apresente. E a razão está em que, faltando a cláusula à ordem, o cheque não pode ser endossado, e, não podendo ser endossado, não é facultado ao tomador modificar-lhe a natureza por meio de endOsso completo ou em prêto, que retiraria ao título o seu caráter de transferível por simples tradição. Se, porém, a alternativa é com a cláusula à ordem a Primus nu à sua ordem ou ao portador, o passador ou o emitente do cheque dá ao tomador a opção de manter a negociabilidade sumária do título, transferindo-o por simples tradição, ou de modificar-lhe a natureza com o apor-lhe o endOsso completo. E, se o tomador escolhe esta última forma de transferência, o cheque deixa de ser ao portador e torna-se nominativo, só podendo ser vàlidamente pago ao endossatário. É o que resulta imediatamente da lei de 1912, que expressamente permite a transmissão por endOsso do cheque nominativo com cláusula à ordem. É o que se deduz da conjugação do art. 15 da lei do cheque com os arts. 8.0 e 39, a alínea, da lei cambial".

2~

No Código Civil, o art. 1.510 estabelece: "Se o titulo, com o nome do credor, trouxer a cláusula de poder ser paga a prestação ao portador, embolsando a êste, o devedor exonerar-se-ávàlidamente; mas poderá exigir dêle que justifique o seu direito, ou preste caução. Aquêle cujo nome se acha inscrito no título, presume-se dono, e pode reivindicá-lo de quem quer que injustamente o detenha".

Se o tomador endossa em prêto o cheque, a cláusula ao portador desapareceu, e não se restitui, salvo com o endOsso cm branco. Tal solução importa em se ter como inclusa na cláusula ao portador a cláusula à ordem; porque o direito brasileiro não tem o cheque nominativo como endossável à ordem. Se o tomador não endossa o cheque, a circulação é ao portador. Se o cheque nominativo tem a cláusula "ao portador eu à ordem", ou "à ordem ou ao portador", o endOsso exclui,daí em diante, a circulação ao portador, salvo se há endOsso em branco.

5.ENDOSSO PARCIAL. O endOsso não pode ser parcial. Nem se diga que o endOsso-penhor é parcial, nem que o é o endOsso a duas ou mais pessoas, como faz PAULO DE LACERDA *(Do Cheque,* 211). Se B endossa a C

eU, ou a C, D e E o cheque passado por A, a legitimação é de quem tem a posse: se só a tem C, C é o legitimado; se a têm C e O

(composse), legitimados são C e O, ou qualquer dos dois, em virtude do que foi estabelecido para a comunhão, ou resulta da lei. Se não há qualquer regramento, a que se haja de atender, mostrado o cheque ao sacado, incide o art. 39, § 1.~, da Lei n. 2.044 (Lei n. 2.591, art. 15), que explicamos no Tomo XXXIV. O que apresenta o título, a despeito de haver pluralidade de tomadores ou de endossatários, recebe a quantia. Está legitimado, segundo o art. 39, § 1.0. Não nos importa o que se discute em sistemas jurídicos em que não se insere a regra jurídica do art. 39, § 1.0.

Tão-pouco é endOsso parcial o endOsso se, à apresentação, o sacado paga parte do valor, endossando o cheque, depois, o portador. Primeiro, êsse endOsso, posterior ao vencimento, só tem efeitos de cessão (Lei n. 2.044, ad.

89, § 2.0; Lei n. 2.591, art. 15). Segundo, o que se endossou foi o cheque tal qual é no momento do endOsso. (A espécie pagamento parcial pelo passador do cheque, antes da apresentação é fora de discussão, e quem o aponta não atendeu a que não se pode corrigir o valor do cheque: qualquer pagamento pelo passador do cheque seria no plano do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente.)

A Lei n. 2.044, art. 8.0, § 39 (Lei n. 2.591, ad. 15), é explícita: "É vedado o endOsso parcial". O cheque é indivisível. Indivisíveis as vinculações nêle e por êle assumidas.

## § 4.125. Endossatários do cheque

1.ENDOSSO AO PASSADOR DO CHEQUE. No art. 45, § 29, da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, a que se remete, em matéria de cheque, no que fOr a êsse adequado, diz-se:

"Pelo reendôsso da letra, endossada ao sacador, ao endossador ou ao avalista, continuam cambialmente~obrigados os co-devedores intermédios". A volta, se pensamos em cheque, é ao passador do cheque (sacador), ao endossante, ou ao avalista, e a regra jurídica mantém as vinculações cambiariformes; não ao sacado. Daí ter sido contra direito o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de fevereiro de 1924 (2?.

*dos 7*".*,* 50, 76), que baralhou as duas espécies (reendOsso pelo passador do cheque, sacador, e reendOsso pelo sacado), O art. 45, § 19, da Lei n. 2.044, não pode incidir em matéria de cheque: porque o cheque é de pagar-se à vista e porque não há aceite em se tratando de cheque.

Mas o § 2.0 do art. 45

incide, conforme bem frisou o acórdão de 6 de abril de 1928 (2?. *dos 7*"., 46, 498), que o de 26 de fevereiro de 1924 injustamente reformara.

2.ENDOSSO AO SACADO. Se o cheque é endossado ao sacado, nem por isso se supôe pago, ou se apaga a vida do título como cheque. Primeiro, porque o endOsso ao sacado, como qualquer outro, pode ser cancelado.

Segundo, porque, para a transferência, é preciso que se juntem endOsso e posse pelo endossatário. Riscado o endOsso ao sacado, o título pode ser endossado a outrem. Se o cheque endossado ao sacado foi entregue a êsse, entende-se pago. No direito uniforme, o ad. 15, alínea 53, estabelece: "L"endossement au tiré ne vaut que comme quittance, sauf dans le cas oú le tiré a plusieurs établissements et oú l"endossement est fait au bénéfice d"un établissement autre que celui sur lequel le ch~que a été tiré". O passa-dor do cheque pode indicar o sacado como tomador; com a entrega, acaba a brevíssima vida do cheque. A pessoa que criou nota promissória a favor do banco em que tem fundos sObre que pode passar cheques, pode, se lhe apraz, pagar com cheque ao portador, ou com cheque nominativo em que escreva o nome do banco como tomador. A Lei uniforme, ad. 15, só se referiu ao endosso; e diz que êle não vale ("ne vaut que") senão como quitação. "Vaut" aí está nessa linguagem defeituosa de redigidores de leis e atos interestatais por "é" eficaz:

a eficácia de tal endOsso é apenas de quitação. Se entregue o cheque, há quitação e entrega; se não entregue, quitação, que se lançou, mas pode ser cancelada.

Se o endosso é a um dos estabelecimentos do sacado (matriz, agência, sucursal), o endOsso tem a eficácia de endôsso, e não de quitação: o estabelecimento-sacado, recebendo-o, "paga-o". Só então a relação jurídica entre o passador do cheque e o sacado se extinguiu; extinta, não pode o sacado fazê-la renascer, endossando, ou lançando na circulação o cheque, que lhe fora endossado em branco. Tal o direito brasileiro.

8.ENDOSSO AO PASSADOR DO CHEQUE. Se o cheque foi endossado a quem o passou, sem se seguir ao endOsso a tradição, ou sem o endOsso já ter sido feito quando o cheque voltasse ao passador dêle, há apenas declaração de vontade, que pode ser cancelada. Se o cheque foi endossado ao passador dêle, quando já tinha a posse, ou se ao

endOsso se seguiu a posse, a vida do cheque não terminou: a situação é a do cheque criado e não emitido; mas há diferença que é a de haver no cheque a assinatura de outrem. Se o passador do cheque o endossa, ou risca o endOsso, o título volta à circulação. Na Lei uniforme, o ad. 14, alínea 83, foi explícito: "L‟endossement peut être fait même au profit du tireur ou de toute autre obligé. Ces personnes peuvent endosser le chêque à nouveau". O sacado não é obrigado; dá o art. 15, alínea 53, da Lei uniforme, a regra jurídica quanto a êle.

No direito brasileiro, as soluções são as mesmas.

4.CLÁUSULA "SEM GARANTIA". No direito brasileiro, o endOsso com a cláusula "sem garantia" é endOsso com garantia, porque a cláusula é reputada não-escrita (~ não entra no mundo jurídico), conforme o art. 44 da Lei n. 2.044 (Lei n. 2.591, art. 15). *Aliter,* na Lei uniforme, art. 18:

"L‟endosseur est, sauf clause contraire, garant du paiement. II peut interdire un nouvel endossement; dans ce cas, il n‟est pas tenu à la garantie envers les personnes auxquelles le chêque est ultérieurement endossé".

As cláusulas que outros sistemas jurídicos reputam eficazes, como a *cláusula "sem garantia",* a *cláusula "sem regresso",* a *cláusula "sem vinculação",* a *cláusula "sem abrigação",* a *cláusula "sem responsabilidade"* e a *cláusula sem "dei credere",* são no direito brasileiro inexistentes.

§ 4.126. Circulação ao portador, cheque circular e negócios jurídicos sôbre cheque 1.CHEQUE DE CIRCULAÇÃO AO PORTADOR. O cheque circula como ao portador, se contém a) a cláusula

"ao portador", *b)* se lhe falta indicação do tomador (cheque em branco), *c)* se foi endossado em branco. Enquanto o cheque 10 se pode encher, ou se endossar em prêto, ou à ordem, e o cheque e) se encher, ou ser endossado em prêto, ou em branco, o cheque a), se recebe endosso, apanha a responsabilidade théquica do endossante, porém não no converte em cheque à ordem. Foi isso o que entendêramos desde cedo e o que prevaleceu na Lei uniforme, art. 20: "Un endossement figurant sur un chêque au porteur rend l‟endosseur responsable aux termes des dispositions qui régissent le recours; il ne convertit, d‟ailleurs, pas le titre en un chêque à ordre".

(No direito brasileiro, há quem pretenda que o endOsso do cheque ao portador seja aval, ou valha como aval, conversão, essa, que é mais do que extravagante e esdrúxula. O endOsso do cheque ao portador liga o endossante, sem que desvirtue o cheque clausulado ao portador. O que recebe o cheque ao portador pode ter interêsse em que o tradente se ligue, cambiariformemente, ao cheque.)

2. COMPRA-E-VENDA. É inconfundível com o endOsso a venda do cheque, ou de cheques. Nessa, o vendedor não endossa o título, não lhe lança assinatura; assina o contrato de compra-e-venda. As obrigações do vendedor, como as suas pretensões, são irradiadas do contrato de compra-e-venda: há negócio jurídico bilateral, que pode ser acompanhado de endOsso, ou de endossos, e pode ser só. O vendedor é responsável pela existência do cheque e pela veracidade e validade das firmas; não no é pela existência de provisão, nem pela autorização para criar cheques por parte de quem o passou, ou os passou. A responsabilidade pela existência da provisão e pela existência da autorização somente pode resultar de cláusula de contrato de venda, e não seria, de modo nenhum, cambiariforme, chéquica. Para que essa surgisse seria preciso que, havendo, ou não, no contrato de compra-e-venda, a cláusula de garantia, tivesse o vendedor endossado o cheque, ou avalizado uma das firmas de vinculados cambiariformes. A razão, nessa matéria, está com J. BREIT

*(Sch,eckgesetz,* 1, 815 a.) ; e os escritores que pretendem estender a responsabilidade do vendedor

“cambiarizam”, absurdamente, o contrato de compra-e-venda, ainda quanto aludem a analogias com desconto da letra de câmbio. Isso não quer dizer que o vendedor não possa ser responsabilizado pela evicção, ou pelos vícios redibitórios (a falta de provisão é um), ou pela irregularidade fiscal dos cheques vendidos.

3. “CHEQUE CIRCULAR”. O direito brasileiro e o direito uniforme não têm o cheque circular, que é mais vale bancário do que cheque, algo que alude à provisão, mas em verdade mais é titulo de crédito do que cheque, com certa abstratividade (PAoLo GRECO, *Corso di Dirilto bancado,* 301; ALBERTO ASQUINI, *Titoli di Credito,* 459). Apenas se tentou aproximar do cheque a letra de câmbio. Só se acolhe na Itália, onde é titulo de crédito à ordem, cambiariforme. Complica-se o problema quando os juristas italianos discutem se há e qual a natureza, no caso de resposta afirmativa, relação jurídica extracambiária entre o tomador (aliás, o suscitante, dito

"richiedente") e o banco. Tem-se de atender a que se *abstraiu* de tal relação jurídica, que pode ter existido ou não ter existido. Já assim, pOsto que sem precisão científica, FOLGO *(L"Assegno circolare,* 120). Contra, PACLo GRECO *(Corso di Diritto bancano,* 295 s.), ADRIANO FlORENTINO (II Rapporto fondamentale nell"Assegno circolare, *JUrista Trimest rale de finito processuale civile,* II, 1, 180 s.). O que se percebe é a influência do direito anterior à Lei uniforme, com a sua hostilidade à abstratividade. A provisão, ou soma disponível, que há de existir com o sacado, o que lembra a velha concepção da letra de câmbio com provisão, estranha ao direito brasileiro antes da Lei uniforme. Outro ponto que se tem discutido, no qual também ressalta a insuficiente receptibilidade quanto à abstrati vidade dos títulos cambiários e cambiariformes, é aquêle que se refere a haver novação (L.

MOSSA, *Lo Check e l"Assegna circolare secondo la nuova legge,* 464 e 485), ou simplesmente pagamento com o cheque circular (PAOLO GRECO, *Corso di Diritto bancaria,* 297; VITTORIO SALANDRA, *Manuale di Dinitto commerciale,* II, 400).

O cheque circular, própriamente dito, é o que permite ao portador apresentá-lo em qualquer sucursal ou agência do banco, ou em qualquer estabelecimento que seja correspondente do banco emissor. O *cheque verde* do Banco do Estado da Guanabara é de tal espécie.

Tem-se pensado em serem o cheque circular e o cheque turístico mero *acreditivo* (J. LÉVY-MOSELLE e E.

SIMONT, *Le CILê que,* n. 31) ; outros juristas os dizem cartas de crédito (J. GHYSEN, *Le Chê que,* n. 88). Em verdade, trata-se de cheques sObre si mesmo, ou diferentes estabelecimentos do mesmo sacador (3. HAMEL, *Banques et Opérations de banque,* 1, n. 691).

## CAPÍTULO III

## AVAL DO CHEQUE

### § 4.127. Conceito

1.CONCEITO. O aval é declaração típica do direito cambiário e do cambiariforme. Declaração unilateral de vontade, com eficácia

absoluta, pois figura no título cambiário ou cambiariforme, com a particularidade de se equiparar a alguma vinculação assumida, ou ainda por nascer, por inserção no título. Tem de ser prestado no título, de modo que todo aval, ainda por escritura pública, que se dê fora do título, não é aval, não se rege pelo direito cambiário e pelo direito sObre cheque. Se a declaração avalizada é inexistente, nula, ou ineficaz, por defeito de forma, o aval não é eficaz. Se o defeito não é de forma, a aparência de existir, valer e ser eficaz basta aos possuidores de boa fé. A objeção somente pode ser oposta a possuidores de má fé.

2.NATUREZA DO AVAL DO CHEQUE. O aval é formal e abstrato. Os princípios que regem o aval a alguma declaração inserta na letra de câmbio são invocáveis.

Oaval não deveria, em principio, diz-se, existir em direito sObre cheque: o cheque não é para ser avalizado, e sim para ser pago. O argumento é fraco: o cheque é para ser pago; há, porém, o fato da circulação; e o lato de desconhecer o endossatário o passador do cheque, ou o endossante, já justificana que se permitisse o aval à firma do sacador ou à do endossante. O aval é declaração unilateral de vontade que se pode referir à declaração do passador do cheque, à de qualquer dos endossantes e à de qualquer dos avalistas. Pode avali zar quem já é vinculado cambiariforme, ou quem vai vincular-se, ou quem é e permanecerá apenas terceiro.

Pode-se avalizar a firma de outrem ou a sua própria. O aval alude sempre a uma pessoa, que é o avalizado. Na dúvida, avalizou-se a firma do passador do cheque. Avalizar a firma do sacado é avalizar, de outro modo, a do passador do cheque, devido à natureza do cheque, no que se distingue da letra de câmbio, e veremos que há diferença. Não se avaliza a firma no que possa se ligar à relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrei acente; só se avaliza a declaração chéquica. Se houve fiança *à* vinculação oriunda de relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente, depende do suporte fáctico e da regra jurídica. Se a firma avalizada era falsa, ou falsificada antes do aval, o aval é eficaz, salvo se há defesa do avalista contra o possuidor de má fé, inclusive se adquiriu, depois do aval, o cheque, sabendo que a firma avalizada era falsa, ou era falsificada (H.SCHUMANN, *FWschung iin Weehsel- u. Scheckrecht,* 91). Os princípios são os do direito cambiário.

§ 4.128. Legitimação passiva

1.AVAL AO PAssADOR DO CHEQUE. A primeira questão é relativa ao aval ao passador do cheque, porque é aí que se fere o ponto principal da avalizabilidade do cheque. No passado, pretendeu-se negar a admissibilidade do aval no cheque. Seria, para uns, como J. BÉDARRIDE *(Chêques,* 82 s.), nulo; para outros, ineficaz. Ainda .T.

BOUTERON *(Le CIVê que,* 348) o teve por "inútil". A opinião que o admite acabou por triunfar (E. LAvAUD, *Les Chêques,* 160; E. FAUvEL, *Des Chêques,* 191;

F.FICK, *fie Frage der Scheckgesetzgebun,g,* 822; MARNOCO E SOUSA, *Das Letras, Livranças e Cheques,* II, 229; JULES VALÉRY, *Des Chêques en Droit français,* 117; sObre o *guarantor* ou a *surety* do direito dos Estados Unidos da América,

M.D. CHALMERs, *Á Digest o)‟ the Law o)‟ Bilis o)‟ Exchange,* 7~a ed., 241 e s.).

Lê-se na Lei uniforme, art. 25: "Le paiement d‟un chêque peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval. Cette garantie est fournie par un tiers, sauf le tiré, ou même par un signataire du chêque". A admissão do aval no cheque, por parte da Lei uniforme, veio afastar a solução que alguns queriam, quanto a não se poder pensar ou a não se dever pensar em aval a qualquer das declaraçôes unilaterais insertas em cheque. Todavia, não se admitiu que o sacad& avalize. Qualquer terceiro, mesmo quem criou o cheque, o endossou ou avalizou alguma vinculação pode avalizar: só o sacado não o pode fazer (cf. J. BOUTERON, *Le Statut international dv. Chê que,* 862 s.).

Quanto à vedação, enquadra-se segundo se tem assente, na proibição geral de poder ser *vinculado chéquico* o sacado.

2.AVAL AO SACADO. Se o sacado pode ser avalizado, é outra questão, porque ainda não se vinculou, nem se vai vincular, e o cheque é título inaceitável. Para R. VON CANsTEIN *<Der Scheck,* 135) e A. LANGEN *(Zum Scheckrecht,* 45), o aval dado ao sacado do cheque colidiria com o princípio da inaceitabilidade do cheque e seria em fraude à lei. Todavia, entre aceite pelo sacado, que a lei proibe, e aval à satisfação do cheque, há diferença, tanto mais quanto o avalista do sacado vai responder, em via de regresso, pela não-satisfação. Por outro lado, se a obrigação em regresso pode ser obtida com o endOsso, e o endossante responde pela não-solução por parte do sacado, antes de se ir contra o passador do cheque nada impede que se avalize o sacado, o que é aval à solução.

Dir.se-á que aí se avaliza, em verdade, o passador do cheque, mas há diferença inabluível: o aval ao passador é quanto à solução, porque se afirma a provisão, e pode não haver provisão, ou o sacador não solver, ao passo que o aval ao sacado é para o caso de, havendo provisão, o sacado não solver.

A opinião que pré-excluiria o aval ao sacado, aval a futuro ato do sacado, parte de dois erros que nem sempre a sutileza dos juristas percebeu, pois: *a)* quando se diz que o cheque não é suscetível de aceite, não se *nega* que, conceptualmente, antes do ato-fato do pagamento haja atitude positiva do sacado (~zzs não haja recusa) ; *b)* a provisão é depósito bancário do sacador e o sacado pode ter incorrido em falência, ou liquidação coativa, ou ter sido levado, por lei, à liquidação administrativa. A utilidade do aval é evidente.

8.AVAL AOS ENDOSSANTES E AOS AVALISTAS. Podem ser avalizados o passador do cheque e o sacado.

Podem ser avalizados os endossantes e os avalistas. As regras jurídicas concernentes à letra de câmbio incidem. A única diferença está em que não há aval por aceite.

Se o avalista avalizou, com outros, a mesma firma, não há entre êles relação jurídica cambiariforme: no terreno do direito comum, é obrigado solidário que pode invocar os arts. 906 e 913-915 do Código Civil (C. S. GRÚNHUT, *Wechselrecht,* II, 80; E. ADLER, *Das ósterreichische Wechselrecht, 86)*.

§ 4.129. Forma e capacidade

1. FORMA. Quanto à forma, não se deu, na lei, qualquer regra, além das que constam do art. 14, □

2 a parte, e do

art. 15 da Lei n. 2.044: é suficiente a assinatura do próprio punho do avalista, ou do seu órgão, ou representante legal ou voluntário, no verso ou no anverso do cheque; o avalista equipara-se àquele cujo nome indica e, na falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lance a sua, ou, fora dêsses casos, ao passador do cheque. De regra, antes da assinatura, a F", ou "como avalista de F~", ou "aval ao sacador", "aval ao a F"~, ou "como avalista de R", ou "aval ao sacador", "aval ao sacado", "em aval" (por baixo de um nome), ou

“avalista, F”, “av., F”, “a., F” entendendo-se ser avalizado aquêle cuja firma está por cima. Sempre que da aparência do cheque se tem como avalizada alguma vinculação, não é admitida prova em contrário. O princípio é verdadeiro, ainda quando, no direito brasileiro, se trate de firma próxima e embaixo de outra, que se tenha por avalizada, ou quando caiba considerar-se ao passador (art. 15).

O aval é apOsto no cheque ou no *alongamento* do cheque. Diz a Lei uniforme, art. 26: “L‟aval est donné sur le chêque ou sur une allonge. II est exprimé par les mots “bon pour aval” ou par toute autre formule équivalente; il est signé par le donneur d‟aval: II est considéré comme résultant de la seule signature du donneur d‟aval, apposée au recto du chêque, sauf quand il s‟agit de la signature du tireur. L‟aval doit mdiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de ceife indication, il est réputé donné pour le tireur”.

2. CAPACIDADE. A capacidade para dar aval é a mesma que se exige para se contrair qualquer outra vinculação chéquica. O vinculado por outra razão pode avalizar e o avalista pode vir a vincular-se por outra declaração unilateral de vontade. Assim, pode avalizar o passador do cheque, o endossante, o sacado, ou quem já avalizou a mesma ou outra firma. O que dá aval sem ser capaz, desde que a incapacidade não seja absoluta ou por interdição, dizendo-se tal, responde conforme expusemos no Tomo XXXIV. Não é preciso que se lhe prove malícia nem locupletamento. Prevalece a proteção à generalidade. Também aqui o que se tornou capaz e permitiu que se cresse na validade do aval dado durante o tempo da incapacidade responde por sua negligência em avisar o público.

## § 4.180. Espécies de aval

1.PLURALIDADE DE AVALES E AVAL DE AVAL. É permitida a pluralidade de avalistas. Todos os obrigados respondem solidàriamente. O pagamento por um exonera os outros. Qual a relação entre os co-avalistas, não no diz o direito sObre cheque, nem é matéria do seu terreno. Só o direito comum pode responder, pois que foi êle o regedor do negócio jurídico, subjacente, simultâneo ou sobrejacente, entre os que prestaram o aval. Nem se conclua, *a priori,* que a relação é regida pelo direito civil, ou comercial. É possível que seja aquêle, ou êsse, conforme, respectivamente, o Código Civil, arts. 1.493 e 1.494, e o Código Comercial, art.

260, ou o direito estrangeiro que incidiu sObre a referida relação, ou

outro ramo do direito brasileiro. O direito competente, e não o direito sObre cheque, é que dá a ação entre êles: não têm, portanto, entre si, a ação cambiária.

O aval pode ser dado ao próprio avalista. É o *aval de aval,* com avalista do avalista, ou *aval sucessivo,* que se não confunde com a pluralidade de avales a que acima nos referimos. Entre avalistas de uma mesma declaração não há relaçôes jurídicas cambiárias; entre avalistas sucessivos, sim, porque o segundo avalista que paga tem direito cambiário contra o primeiro avalista. Se dois avales, ambos em prêto, aparecem no titulo cambiário, são cumulativos. Se só o primeiro é em prêto, o segundo tem de ser considerado como cumulativo, não assim se só o segundo é em prêto, porque a lei diz equiparar-se o avalista àquele abaixo de cuja assinatura lançou a sua (Lei n. 2.044, art. 15, 2~a parte), e o segundo avalista, em prêto, assim procedeu. Se os avales são ambos em branco, ou se, tratando-se de muitos, todos o são, têm-se como sucessivos, ainda que se intercalem alguns em prêto.

2.AVAL ANTECIPADO. O aval pode ser dado desde o momento em que possa significar vontade suficiente para vinculação chéquica. Portanto, desde que há o cheque, ou, ainda, antes dêle, uma vez que depois se crie o cheque. Pode ser avalizada a vinculação (futura) de alguém que possa vir a ser endossante do cheque, ou avalista de outrem, ou sacado. Quanto ao sacado, o aval tem natureza especial, porque se avaliza o respeito do saque, segundo os princípios do art. 1.~ da Lei n. 2.591, isto é, se o passador tem, como implicitamente afirma, fundos disponíveis. Porque avalizar o sacado, por antecipação, como necessâriamente acontece quanto ao cheque, não é avalizar a vinculação do passador, ou de qualquer outro figurante do cheque, por assinatura própria.

É eficaz o aval dado, ainda que se não diga a quem, uma vez que satisfaça as exigências materiais e formais da lei, antes de encher-se o cheque, pois que houve vontade de vincular-se. A data não é necessária ao aval, pOsto que seja de tOda conveniência datar-se o aval. Por outro lado, o poder, que tem o podador, para inserir a data e o lugar do cheque, não se estende ao aval.

O aval pode ser apOsto antes ou depois da data do cheque. Enquanto o cheque não é apresentado, vale e é eficaz o aval. Somente não é eficaz, nem vale, como aval, se o cheque já foi apresentado e não respeitado o saque. A solução é diferente da que se dá em relação à letra de câmbio e à nota promissória, bem assim em relação à duplicata mercantil. Surge a questão quanto ao aval do *cheque*

*marcado* e ao aval do *cheque visado.* A solução tem de ser de acOrdo com os conceitos de *marcação* e de *visto.* Enquanto a marcação enuncia que o sacado respeitou o cheque, o visto não tem tal conseqUência. O aval ao cheque visado ainda é eficaz, como declaração de vontade chéquica, a despeito de quaisquer divergências que possam ocorrer quanto aos usos das praças de São Paulo e do Estado da Guanabara ou de outro Estado-membro.

II

8.AVAL PARCIAL. No direito brasileiro, admite-se o aval parcial; o aval pode ser por todo o montante do cheque, ou até certa quantia. Se o aval foi dado ao sacado, só se avalizou o respeito do cheque pelo sacado, de modo que não se avalizou a obrigação além do que é provisão, em mãos do sacado, no momento da apresentação do cheque. Aí não se parcializa o aval, porque o aval não foi dado ao

-passador do cheque, foi dado ao sacado, equiparando o avalista a êsse, e não a qualquer dos vinculados cambiários.

A situação do avalista é assaz distinta da que têm os outros vinculados cambiários. Não se diga que, admitindo-se, em direito cambiário, o aval até ceda quantia, conforme sustentamos no Tomo XXXIV, se tenha de abrir exceção para o cheque, isto é, se tenha de enunciar que o aval apOsto no cheque não pode ser parcial. No cheque, a lei exigiu a provisão, de modo que o aval parcial ao passador do cheque, diz-se, criaria suspeita de não-integral existência da provisão. Todavia, ~como se haveria de resolver, no caso de alguém apor aval parcial? Seria injusto considerá-lo, a despeito da restrição essencial à sua declaração unilateral de vontade, vinculado pelo todo. O aval é ato cambiariforme não-essencial ao cheque, apenas reforça alguma vinculação. Não se reforça apenas quando se duplica, reforça-se também quando se equipara a sua vinculação à parte de outra. Por outro lado, o aval parcial é simples *plus,* não cria qualquer aparência que possa prejudicar a generalidade. Não prejudica o vinculado. Dado um aval até parte da soma, ou até certa data, ou se consideraria ineficaz, prejudicando-se a todos, inclusive os futuros possuidores do título, ou se cindiria a vontade do avalista, dando-se por válido o seu aval e por não-escrito aquilo que constituiu o objeto mesmo da sua vontade. Sem razão, contra o aval parcial, C. F. DA CUNHA PEIXOTo *(O Cheque,* 859). O argumento de que o pagamento parcial, por parte do avalista, tornaria impossível a êsse, ou ao portador do cheque, a ação executiva contra o passador, é sem qualquer pertinência. Com tal argumento fugir-se-ia aos princípios concernentes à quitação quando é parcial o pagamento (quitação à parte), assunto de que falamos no

4.INCONDICIONALIDADE DO AVAL. O aval, como as demais declarações unilaterais de vontade, que se inserem nos títulos cambiários e cambiariformes, não pode ser sujeito a condição. Não há aval condicionado, É de repelir-se o que sustentava V. ANGELONI *(La Cambiale e Vaglia cambiario,* 3□a ed., 177).

## § 4.181. Vinculação do avalista

1.SITUAÇÃO DO AVALISTA. A vinculação do avalista é duplicado objetivo da vinculação do avalizado. Duas vinculações distintas, dois vinculados também distintos, mas a sorte de uma, que é a do avalista, depende, em parte, da sorte da outra. Se o vinculado avalizado é o sacador, o avalista vincula-se como sacador; se é o endossante, como endossante, assegurando o pagamento a todos os endossantes posteriores. Porque o avalista é equiparado ao avalizado, para que fique responsável, não há necessidade de *protesto especial:* quem interpóe protesto, a fim de exercer o direito de regresso contra o vinculado avalizado, assegurou, com isso, os seus direitos contra o avalista. Não tem êle direito, sequer, a aviso do protesto. Se o avalizado paga a obrigação, ou se o pagamento por outro obrigado anterior o libera, exonerado fica o avalista.

Para conseguir o pagamento pelo avalista, precisa o possuidor transferir-lhe os direitos inerentes, inclusive os direitos de garantia que acaso acompanhem a letra de câmbio. Qualquer prejuízo que lhe dê o possuidor, quer de direito <preclusão, prescrição, etc.), quer de fato, confere ao avalista, que paga, as ações respectivas, ou o direito mesmo de se recusar ao pagamento. O pagamento pelo avalista libera todos os obrigados posteriores; não libera o avalizado, nem os vinculados que o precederam. A ação do avalista contra o avalizado é cambiariforme.

Pensou-se que o avalista do cheque, que o paga, não tem ação cambiária (executiva) contra o avalista, a ação seria a do direito comum, com o seu rito. De modo nenhum, e nem merece discussão êsse ponto. Também se pretendeu que, solvendo, pode ir contra o avalista, porém não contra os obrigados anteriores (não teria ação de regresso). Também issa é insustentável. Pelo pagamento do cheque, adquire o avalista os direitos contra a pessoa a quem dera o aval. Se

há coobrigados anteriores, exigir-lhes-á o reembOlso da quantia paga, juros e despesas.

Contra o avalizado tem o avalista ação cambiária, ainda que tenha avalizado a vinculação de outro avalista. O

avalista avalizado é obrigado cambiariforme em relação com o seu avalista. Não tem ação cambiária o avalista, que, com outro, ou outros, avalizou a vinculação de algum vinculado pelo cheque, porque entre êsses não existe relação chéquica. Assim, pago o cheque por um dêles, não cabe, entre êles, invocar-se o direito sObre cheque.

Tem-se dito que o avalista que paga sucede no direito pessoal do possuidor, ou que se sub-roga nos direitos daquele por quem pagou. Ambas as expressões são erradas. O avalista que paga adquire direito cambiariforme próprio e autônomo, a que as figuras de sucessão e de sub-rogação constituem estranhas excrescências. O direito que êle adquire é direito originário, direito que a lei lhe dá pelo fato do pagamento e de haver cumprido a obrigação por declaração unilateral de vontade que assumiu; mas, principalmente, por ser, também éle, um possuidor, sujeito às exigências legais da legitimação pela posse.

Diz o ad. 27 da Lei uniforme: “Le donneur d‟aval est tenu de la même manière que celui dont il s‟est porté garant.

Son engagement est valable, alors même l‟obligation qu‟il a garantie serait nuíle pour toute cause autre qu‟un vice de forme. Quand il paie le ch~que, le donneur d‟aval acquiert les droits résultant du chêque contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu du chêque”.

2.DEFESAS OPONÍVEIS. As defesas oponíveis ao possuidor, que recebeu, não são oponíveis ao avalista, salvo se o avalista já as conhecia e delas tinha prova, não nas usando por não querer, como a falta de legitimação, ou qualquer falta de direito do possuidor a exigir a prestação. A autonomia e solidariedade da vinculação do avalista repelem que se lhes dê por causa o vinculo da acessoriedade. O avalista é vinculado solidário e autônomo, não porque seja o vinculado acessório obrigado autônomo, e *sim porque a éle se aplica, como a todos os outros vinculados cambiariformes, o principio da solidariedade cambiariforme.* Pode-se mesmo dizer que se trata de *solidariedade,* a despeito da *autonomia.* Nas relações com os terceiros possuidores, tudo se passa segundo os princípios: desde que estranhos à causa individual do avalista e imunes, não se lhes podem opor as

defesas pessoais, nem as defesas não-literais peculiares ao avalizado; se, nas relações com o avalizado, a causa do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente ao cheque pode vir à tona, são oponíveis as defesas pessoais e as defesas não-literais da declaração cambiariforme. Em consequência, as defesas de nulidade não são oponíveis, quando pertinentes ao avalizado, aos possuIdores protegidos, mas os portadores do título em virtude de relação causal a elas estão expostos. O avalista, bem que não seja vinculado subsidiário, e sim solidário, é vinculado só por promessa indireta; não está, portanto, exposto às ações causais ou de enriquecimento injustificado cambiariforme.

Oque, a respeito de marido e mulher, dissemos, no Tomo XXXIV, no tocante ao aval, tem tôda aplicação em direito de cheque.

O aval é abstrato. A discussão sObre ser gratuito ou oneroso o aval, ou sObre poder ser oneroso ou gratuito, é impertinente. Qualquer gratuidade ou onerosidade somente pode conternir ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. Nas relações entre avalista e portador do titulo, mesmo se obrigado de regresso, que exerce a pretensão, pode vir .à tona o negócio jurídico, subjacente, simultâneo ou sobrejatente. Mas isso nada tem com o aval, em si.

r

## CAPÍTULO IV

## INTERVENÇÃO NO CHEQUE

### § 4.132. Ato da intervenção para pagamento do cheque

1.INTERENÇÃO E CHEQUE. Pretendeu-se que não há intervenção no sistema jurídico do cheque: uma vez que o cheque supõe existência de provisão em poder do sacado, seria inconcebível („1) o pagamento por intervenção.

Foi *G.* BONELLI *(Commentario ai Codice di Commercio,* III, 806) o responsável por essa afirmação superficial e falsa, que correu mundo. Esquecia-lhe que, depois de emitir o cheque, poderia o passador dêle

emitir outro, ou outros, que chegassem antes, exaurindo a provisão, ou, pelo menos, tornando-a insuficiente, e que pudesse cair em insolvência ou falência o sacado. Não só pode alguém querer evitar que se leve a protestar o cheque sem provisão, também o pode o próprio passador, que, sabendo-o, ou não, o subscreveu sem provisão suficiente, ou sem provisão. No Brasil, sem meditação do assunto, seguiu a G. BONELLI apenas THIERS VELosO *(Lei e Direito do Cheque,* 278). Com a verdadeira doutrina, L. NOUGUIER *(Des Chêques,* 92), L. GALLAvRESI *(L"Assegno bancario,* 268),

G.COHN (fie neueren Checkgesetzgebungen, *Zeitsehrift fUr vergíeichende Rechtswissenschaft,* 11, 408), FÉLIx MEYER *(Das Weltscheckrecht,* II, 229 s.), W. CONRAD *(Handbuch des deutschen Scheckrechts,* 148 s.), C.

LYON-CAEN e L. RENAULT *(TraiU, 4.~* ed., 510), J. BOUTERON *(Le Chêque,* 511), PÂUW DE LACERDA *(Do Cheque,* 897), TITo FTJLGÊNCIO *(Do Cheque,* 184) e C. F. DA CUNHA PEIxOTO *(O Cheque,* 1, 299 s.).

O argumento de que admitir-se a intervenção é deixar-se que

qualquer pessoa, sem provisão do passador do cheque, pague, é argumento que não tem qualquer valia: pagar como sacado e pagar por intervenção são atos, em suas razões de ser e em seus móveis, distintissimos; admitindo-se a intervenção apenas se permite que terceiro pague; se o sacado não no faz. Nem à natureza nem à eficácia do cheque é inadequada a intervenção (Lei n. 2.591, art. 15). Portanto, a lei cambiária incide. O portador não pode recusar o pagamento por intervenção, e qualquer pessoa pode intervir a favor de qualquer dos obrigados chéquicos; o próprio sacado, ou pessoa que seja órgão do sacado mas prefira intervir em nome próprio *(e. g.,* o diretor do banco sacado), pode intervir. Por êsse meio, o sacado, que honra a firma do endossante ou a do avalista, passa a ter não mais a ação, que teria, se pagasse, fundada no negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, de que resultariam a provisão insuficiente e a autorização para criar cheques, mas a ação cambiária, que competiria à firma honrada, que, na espécie, seria a do endossante, ou a do avalista.

No ato do protesto por falta ou recusa de pagamento, qualquer pessoa, exceto o passador do cheque e seus avalistas, pode intervir a favor de qualquer dos vinculados. Sacado não é vinculado cambiário ou cambiariforme; não se pode, diz-se, intervir em honra dêle. Mas, uma vez que a firma do sacado pode ser avalizada, nada obsta a que

alguém possa intervir em honra dêle, tanto mais quanto o fato de ter de haver provisão e só dever pagar o sacado com o que tem em seu poder, nada significa, uma vez que o sacado pode ter caído em insolvência, ou estar exposto à falência.

2. FIM DA INTERVENÇÃO. A intervenção tem por fito salvar o crédito de algum obrigado, o que é do interêsse do passador do cheque, da firma honrada, dos outros coobrigados e do interveniente, pois que, com o fato de intervir, revela estar interessado no adimplemento da obrigação de outrem.. Não importa quem seja aquêle por honra de quem se dá a intervenção. Pode ser o passador do cheque, pode ser o endossante, pode ser o avalista, pode ser o próprio banco ou casa bancária contra quem se saca. Qualquer pessoa pode intervir, inclusive o passador, porquanto pode êle ter interêsse em que se pague o cheque, por intervenção, uma vez que o sacado não atendeu, como devera, ao saque. Porém não é essa a causa única de interêsse. Pode, por exemplo, ter acontecido perda da provisão, com ou sem culpa do passador do cheque.

3.ATO DE INTERVENÇÃO . O portador do cheque tem de receber das mãos do terceiro, que intervém, a quantia sacada. Se se recusa a receber, perde o direito de regresso contra a firma honrada e os endossantes posteriores, bem como contra o avalistas da firma honrada e os endossantes posteriores. Qualquer obrigado pode intervir. Pode intervir o próprio sacado, interessado, talvez, em pagar o cheque como interveniente, recusando-se a pagá-lo como sacado. Tal ato do sacado é inconfundível com aquêle pelo qual paga o cheque sem fundos, respeitando o saque; porque, então, não há intervenção.

*Respeitar* o cheque, apesar da falta de provisão, ou da insuficiência da provisão, não é o mesmo que *honrar* a firma, intervindo para pagamento. Ali, tudo se passa sem qualquer repercussão no cheque: a provisão não existia, ou não era bastante, mas o sacado procedeu como se provisão suficiente houvesse. Aqui, houve protesto, por falta de respeito do cheque, e o terceiro presta o quanto.

A intervenção dá-se, eficazmente, no ato do protesto. Antes ou depois do protesto, o portador não é obrigado a receber o pagamento que lhe oferece terceiro interveniente. Se o pagamento, por intervenção é feito ao tempo do protesto, adquire o interveniente, por êle, direito próprio autônomo. A intervenção anterior ou posterior ao ato do protesto não se rege pelo direito cambiariforme. É de discutir-se se o passador do cheque pode indicar interveniente, bem assim o seu avalista. Se há

intervenção em matéria de cheque, conseqUentemente há intervenção por indicação. O argumento de A. PAVLICEK *(Der Check,* 117) de que, com a intervenção, se frauda a lei que diz ter de haver provisão no estabelecimento sacado, é sem pertinência, pelo que acima objetamos aos que são contra a permissão da intervenção. Não se raciocine com o que dissemos a respeito da nota promissória: o emitente da nota promissória obrigou-se, sem qualquer saque; não precisa prever o não-pagamento por outrem. O passador do cheque pode ter fundos e autorização para sacar, mas precisar, devido às circunstâncias, de se prevenir quanto à possível, embora ilegal, não-satisfação pelo sacado.

§ 4.133. Pressupostos de intervenção

1.INTERVENIENTE INDICAÇÃO . A indicação deve ser *literal* e *figurar no cheque.* Feita pelo passador, ou por qualquer endossante, ou pelo avalista do endossante, no endôsso ou no aval, deve estar literalmente expressa ou referir-se literalmente ao endôsso ou ao aval, cujo signatário tinha de ser honrado. Não há forma solene para a indicação, devendo-se evitar ambigUidades e imprecisões. Se ambígua ou nula como designação de interveniente, não se pode pensar em conversão. Quanto ao nome do vinculado cuja firma tem de ser honrada, são permitidas as abreviações, inclusive as iniciais que não se prestem a confusões.

A repulsa à intervenção indicada também é infundada. Há guerra ou revolução no lugar em que tem sede o estabelecimento sacado. L Como deixar-se de permitir que o passador do cheque indique quem o pode pagar, para o caso de estar fechado o comércio, ou de ter sido fechado o estabelecimento sacado? A notícia de estar prestes a decretação da abedura da liquidação coativa do banco, por insolvência, pode levai o sacador a indicar quem pagará o cheque, como interveniente.

2.PLURALIDADE DE INTERVENIENTES. Sendo muitos, no direito brasileiro, os intervenientes, para o pagamento, concorram, ou não, coebrigados, preferir-se-á aquêle que desonera maior número de firmas. No caso de intervirem muitos pela mesma firma, há de ser preferido o interveniente coobrigado; na falta de coobrigado, o sacado; na falta de sacado e de coobrigado, cabe ao portador a opção (Lei n. 2.044, art. 85, § 3~O, alínea 2~) O

interveniente que fôr preferido, sem se observar a ordem legal, perde o direito contra os coobrigados que teriam sido liberados se se

houvesse observado a lei.

8.INDICAÇÃO DA FIRMA HONRADA. No ato do protesto, deve ser indicada a firma honrada. Se não foi indicada, entende-se ter sido honrada a do passador. Trata-se de *regra juri.. dica dis positiva,* perfeitamente justificada, porque se havia de presumir a liberação do maior número de obrigados, portanto de todos. Na sua declaração de vontade, o interveniente pode dizer porque intervém, mas não é obrigado a isso.

Só há intervenção a favor de quem é obrigado. Portanto, não é dado intervir-se por honra do endossante que cancelou o endôsso; mas, dado que pretenda o portador ir contra o ato de tal endossante, j,a intervenção torna-se possível? A resposta é negativa, porque nenhuma razão existe para se pretender que valha *endOsso riscado.*

No direito uniforme, a intervenção é somente a favor dos obrigados de regresso. No direito brasileiro, há a intervenção por honra do emitente ou do seu avalista.

Não é possível pagamento por honra de si mesmo, ainda que se alegue ser apócrifa a firma.

O interveniente por honra adquire, com o pagamento, o cheque, e direito autônomo, à semelhança do que se passa com o avalista que paga.

O interveniente deve avisar do protesto o obrigado cuja firma honrou, que avisará aquêle que o precedeu. Nulo o protesto, nula é a intervenção, e então a responsabilidade do portador pela quantia recebida rege-se pelo direito comum.

A respeito dos direitos do interveniente, falou-se em sub-rogação nos direitos do portador contra aquêle cuja firma foi honrada. Cabe, aqui, a discussão que se levantou a propósito da letra de câmbio. O que intervém não pode reendossar o cheque. Se o reendossa, a sorte de tal endôsso depende do direito comum.

A intervenção por honra de um obrigado não desonera o avalista de tal obrigado. Em conseqUência, os direitos que nascem ao interveniente com o pagamento são contra aquêle a favor de quem interveio, contra o avalista dêsse obrigado que foi honrado, e contra os obrigados anteriores. O mesmo raciocínio se há de fazer quanto aos avalistas dêsse avalista e, assim, indefinidamente, no mesmo plano.

4.EFICÁCIA DO PAGAMENTO POR INTERVENÇÃO. Com o pagamento, os direitos do portador acabam. A figura do interveniente entra no cheque, para entregar prestação, e dai lhe nascerem direitos: a verdade está, portanto, em que direitos se extinguem no portador e direitos nascem no interveniente.

Não são os mesmos direitos, porque o portador tinha direitos contra tôdas as firmas posteriores àquela que foi honrada, e o interveniente, não. Os seus direitos são no plano em que está a firma honrada e nos outros planos anteriores.

Além do exercício do regresso e da ação contra aquêle cuja firma foi honrada, ou os seus avalistas, ou avalistas dos seus avalistas, pode o interveniente *ressacar*.

Se o portador recusa o pagamento por intervenção, perde os seus direitos contra aquêles que teriam sido liberados com a intervenção. Uma vez que, na falta de designação, se tem por honrada a firma do passador do cheque, não se havendo dito a favor de quem se interviria, todos os direitos morrem ao portador. Não tem êle, sequer, a ação de enriquecimento injustificado cambiário contra o passador do cheque (Lei n. 2.044, art. 48).

Parte IV. Pagamento do cheque

CAPÍTULO 1

APRESENTAÇÃO DO CHEQUE

§ 4.134. Ato da apresentação

1.CONCEITO DE APRESENTAÇÃO DO CHEQUE. Apresenta-se o cheque para ser pago. A apresentação envolve reclamação de pagamento; há, implícita, a interpelação, no sentido técnico. É o primeiro e único contacto normal do podador com o sacado. Se há marcação do cheque, mais se mostra o cheque do que se apresenta; igualmente, se se obtém visto. Com a marcação, cessa a cambiariformidade do título; com o visto, a cambiariformidade somente cessa ao se extinguir o prazo para a apresentação.

A apresentação pode ser sem a quitação, e é mais seguro que assim

seja. Por ocasião de pagar é que o sacado pode exigir a quitação. Se algum sacado exige que os cheques sG lhe sejam apresentados com quitação já lançada, proceda contra os princípios: apresentado, se o sacado se recusa a examiná-lo e pagá-lo, porque falta a quitação, cabe o protesto (cedo, THIERs VELOSO, *Do Cheque,* 177). A solução contrária seria inadmissível.

Sempre que se leva ao sacado o cheque, para algum ata seu, relativo ao cheque, tem êsse o direito e a pretensão a explicações e provas, ou garantias, a que se refere o art. ~ 2.~ parte. da Lei n. 2.591: "O sacado, porém, poderá pedir explicação e~ ou garantia para pagar o saque mutilado, ou partido, ou que contiver borrões, emendas ou data suspeta". Exemplo: se lha foi apresentado para marcação. O abuso dêsse direito pode ser dado à cognição do juiz, em ação declaratória da relação jurídica, cuja existência se nego 2.LECITIMAÇAO O ATIVA E LEGITIMAÇÃO PASSIVA: QUEM APRESENTA O CHEQUE E A QUEM

SE APRESENTA. A apresentaçáo para pagamento é ao sacado, ou à agência, ou estabelecimento, que deva pagar, ou que *também* deva pagar. Apresenta-o: a) o portador do cheque, cujo nome consta como tomador, se é nominativo o cheque; *b)* o portador, que coincide ser o tomador do cheque à ordem, com o nome do tomador, ou o último endossatário, que tem a posse; *e)* o possuidor do „cheque ao portador; *d)* o representante ou procurador da pessoa referida em a), *b),* ou *e).* Em caso de extravio, ou destruição total, o legitimado à apresentação tem de exigir do sacado o depósito judicial da soma, entregando-lhe certidão da petição na ação de amortização, com o despacho favorável do juiz (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, ad. 36, § 2.0; Lei n. 2.591, ad. 15). Se já se proferiu sentença, o que, certamente, seria difícil ocorrer dentro do prazo da apresentação, ou o depósito já fôra reclamado ao sacado e, então, cabe o pedido, de levantamento, ou não no foi, e o autor, com a certidão da sentença trânsita em julgado, pode exigir o pagamento (Lei n. 2.044, ad. 86, § 89; Lei n. 2.591, ert. 15). Dir-se-á que, já estando esgotado o prazo de apresentação, sem que se tivesse exigido o depósito judicial, o sacado pode, porém não ter o dever de pagar. Isso não é de admitir-se: ao iniciar-se a ação de amortização, foi êle intimado a não pagar o cheque; portanto, não pode deixar de bloquear a provisão, ou a provisão suficiente para o pagamento. Trata-se de *efeito anexo* do despacho de intimação a não pagar.

Se há dois sacados, ou mais, cabe ao portador a escolha; se há falta, ou recusa ao pagamento, ou o portador protesta .desde logo, ou apresenta o cheque a outro sacado, à sua escolha. A apresentação tem de ser

durante o expediente do estabelecimento sacado, conforme a lei e a praxe. O lugar para a apresentação é o estabelecimento, na seção própria, conhecida do público, ou a algum dos diretores ou gerentes, que a superintenda. Não é apresentação a que se faz ao empregado, na rua, ou já fechado o expediente, ou aos diretores e chefes de serviço fora do lugar próprio. Se o banco, ou a casa bancária, ou o estabelecimento comercial, tem agências ou filiais, e *se declara* no cheque, ou em aviso aos depositantes e portadores de cheques, que o pagamento pode ser exigido a qualquer delas, ou, em se tratando de cheque contra agência, ou filial, que pode ser exigido à sede, o portador tem escolha, não se podendo, fora

dos talões, avisar o depositante em sentido contrário, salvo edital, ou comunicação pessoal. Todavia, hão de ser distinguidas a exigibilidade e a eventual pagabilidade: ali, o possuidor pode exigir, e a falta ou recusa importa não-pagamento, que se há de seguir de protesto; aqui, escolhido o lugar, o estabelecimento pode, porém não tem o dever de pagar.

3.CAPACIDADE DO APRESENTANTE. O apresentante do cheque há de ser capaz segundo a lei, mas é válido o pagamento do cheque ao menor entre dezesseis e vinte anos, se o sacado o tinha por maior, ou em se tratando de quantia destinada à subsistência do menor *(e. g.,* mesada que lhe 6 enviada em cheque, cheque nominativo>. A mulher casada pode apresentar e receber a quantia dos cheques. Nenhuma lei lho veda. É preciso, nessa matéria, livrando-nos de influência de leitura de livros estrangeiros.

§ 4.135. Diferentes espécies de cheque e apresentação

1.APRESENTAÇÃO DE CHEQUE AO PORTADOR. O portador do cheque ao portador há de apresentá-lo como próprio, para que lhe seja pago. Se declara que não é seu, isto é, que o achou, que pertence a outrem, ou que não sabe a quem pertence, é o próprio apresentante que se diz ilegitimado *ad causam,* uma vez que classifica como posse não em nome próprio a sua posse. Todavia, se acrescenta que é procurador do dono do cheque, ou que está a exercer ato de conservação de direitos e pede para assinar caução *de rato,* não se lhe pode negar legitimação processual para a cobrança judicial do cheque e, *o. .fortiori,* legitimação como apresentante para a apresentação.

A procura, se se alega, é verbal; e o possuidor, que podia apresentar o cheque, sem revelá-lo, revela-o e qualifica, com isso, a sua

legitimação. Espécie de tal procura foi apreciada pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 12

deagôsto de 1946, com a particularidade, que escapou ao advogado, de ter o procurador proposto a ação em seu próprio nome *(1?. F.,* 109, 464, onde o voto vencido aduziu argumentos). Pouco claro, o acórdão do Tribunal de Justiça da São Paulo, a 12 de março de 1948 *(1?. dos T.,* 173, 787).

2.APRE5ENTAÇÃO DO CHEQUE MARCADO E DO CHEQUE VIsADO. O cheque marcado tem dia para pagamento e a marcação fixa o lugar em caso de pluralidade de sacados. Extinguiu-se o direito à escolha. Nada obsta a que dois ou mais marquem; então, persiste o direito à escolha. Se a marcação é para dias diferentes, a não-apresentação ao que marcar para dia mais próximo não tem qualquer influência na relação júri dica com o outro ou os outros estabelecimentos que marcaram.

O cheque visado há de ser apresentado dentro do prazo para apresentação. Se o não foi, extinguem-se os direitos de regresso. Se o estabelecimento, que após o visto, deve, ou não, após a expiração do prazo, aguardar a apresentação, mantida a reserva de provisão, depende do acôrdo; se êsse não o previu, conforme o uso local, ou, se o não há, conforme o uso de São Paulo, que corresponde à prática mais generalizada no pais.

§ 4.136. Lugar e tempo da apresentação

1.CHEQUE SEM LUGAR DE PAGAMENTO. A lei exige, como. pressuposto formal necessário, a indicação do lugar onde se há de fazer o pagamento (Lei n. 2.591, ad. 2.0, >9. Se falta a indicação, ao portador, a cujas mãos foi o cheque, cabe indagar do. domicílio do sacado, se o antecessor não lhe deu, fora do título, a indicação. Trata-se de cheque incompleto, que se há de encher, exigindo-o o sacado. A opinião que tem o cheque, a que falta a indicação do lugar do pagamento, como não-cheque (O. F. DÁ CUNHA PEIXOTO, *O Cheque,* 208) é insustentável (certo, TITO FULGÊNCIO, *Do Cheque,* 58). O Banco do Brasil 5. A., se o seu nome constar como de sacado, é o estabelecimento no Rio de Janeiro, à rua 1.0 de março: pode exigir o enchimento, ou pode dispensá-lo, pagando. Se houve propositura da ação cambiária e algum responsável alega e prova que o cheque não for pago, por faltar indicação, o direito de regresso não se estabeleceu. *Aliter,* se não há prova da alegação.

Se há algum lugar mencionado ao pé do nome do sacado, e o cheque não tem indicação do lugar do pagamento (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 20, § 1.0, 23 parte; Lei n. 2.591, art. 15), ésse é o lugar do pagamento.

2.ALTERNATIVA DE LUGAR E APRESENTAÇÃO. Se há indicação alternativa de lugar, o portador escolhe.

Aí, o sacado é um só, embora haja dois ou mais lugares em que o cheque possa ser pago; talvez, com diferença entre os prazos de apresentação. Então, há o protesto se no lugar escolhido faltou, ou houve recusa ao pagamento.

3.PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO . O prazo dentro do qual há de ser apresentado o cheque é de eficácia só cambiariforme. “O cheque”, dizia o art. *49,* alínea 13, da Lei n. 2.591, na sua primeira redação, “deve ser apresentado dentro em cinco dias, quando passado na praça onde tem de ser pago, e de oito dias, quando em outra praça”. Posteriormente, a Lei orçamentária n. 2.841, de 81 de dezembro de 1913, ad. 75, permitiu a apresentação, respectivamente, dentro do prazo de um mês e de cento e vinte dias. No ano seguinte, a Lei da Receita n. 2.919, de 31 de dezembro de 1914, art. 59, repetiu-o. As leis orçamentárias posteriores deixaram de inseri-lo, devido às críticas que se faziam às “caudas orçamentárias” e às conseqUentes dificuldades, posteriores, à aprovação de emendas com conteúdo de direito privado ou processual, antes freqUentes.

O Decreto n. 22.924, de 12 de julho de 1983, veio pôr têrmo às dúvidas .concernentes à continuidade da incidência da regra jurídica, de direito privado, que duas vêzes se incluira na cauda da lei ânua. O artigo único do Decreto n. 22.924, em redação que encampou o êrro do passado, embora pudesse legislar sem alusão a êle, estatuiu: “Continua em vigor, na forma do art. 59 da Lei n. 2.919, de 81 de dezembro de 1914, o disposto na 2.~

parte do § 99 do art. 89 da mesma lei, que determina que o cheque deve ser apresentado dentro do prazo de um mês, quando passado na praça onde tiver de ser pago, e de 120 dias corridos, quando em outra praça”. O art. 49, alínea 13, hoje, deve ser, portanto, lido como se dissesse: “O cheque deve ser apresentado dentro de um mês, quando passado na praça onde tem de ser pago, e de cento e vinte dias, quando em outrapraça”. O alargamento do prazo foi assaz reclamado pelos bancos e comerciantes, bem como pelos depositantes e

portadores, correspondendo, assim, a prementes sugestões de ordem prática.

A diferença de prazo, conforme o lugar, é assaz aconselhável, *de jure condendo,* e em países de grande extensão territorial, como o Brasil indispensável, ainda que alguns países só conheçam um prazo *(e. g.,* Peru e Japão) e outros deixem à apreciação da razoabilidade o tempo para a apresentação do cheque (Grã-Bretanha, Estados Unidos da América). No direito uniforme, o ad. 29, alíneas La, □~ e g~a, estabeleceu: "Le chêque émis et 2

payable dans le même pays doit être présenté au paiement dans le délai de huit jours. Le chêque émis dans un autre pays que celui oú il est payable doit être présenté dans un délai, soit de vingt jours, soit de soixante-dix jours, selon que le lieu d"émission et le lieu de paiement se trouvent sitilés dans la même ou dans une autre partie du monde. A cet égard, les chêques émis dans un pays de l"Europe et payables dans un pays riverain de la mêditerranée ou vice-versa sont considérés comme émis et payables dans la même partie du monde. Le point de départ des délais susindiqués est le jour porté sur le chêque comme date d"émission". Segundo o princípio *fies a qua non computatur iv. termino* (Código Civil, art. 125), a Lei n. 2.591, na alínea □

2 a do art. 49, estatuiu:

"Não se conta no prazo o dia da data". Se há domingo, ou dia feriado, intercalar, não se conta; se o último dia é domingo, ou feriado, o prazo acaba no dia seguinte (Código Civil, ad. 125, § 19). Considerava-se mês o período sucessivo de trinta dias completos (Código Civil, art. 125, § 89). Hoje, incide o art. 29 da Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949:

"Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte".

No art. 20, § 39, da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, diz-se: "Sobrevindo caso fortuito ou fôrça maior, a apresentação deve ser feita logo que cessar o impedimento". Trata-se de *lez .specialis,* porque, de regra, não há tais descontos nos prazos preclusivos. Em virtude do art. 15 da Lei n. 2.591, a regra da lei cambiária incide em se tratando de apresentação de cheque. A fôrça maior que alarga o prazo é a fôrça maior transubjetiva, não a que só seja impedimento da atividade do portador do cheque (moléstia súbita, acidente de automóvel, prisão).

## § 4.137. Irradiação de efeitos

1.EFICÁCIA DA APRESENTAÇÃO . Do fato jurídico da apresentação para pagamento irradiam-se efeitos, o primeiro dentre os quais é o vencimento do cheque, que é título à vista. Se o sacado paga o cheque, acabou a circulação cambiariforme e o cheque mesmo é como o documento de qualquer divida paga. Todavia, o sacado, que paga, deve cancelar, com carimbo, perfuração, ou outro meio, o cheque para que fique constante do corpo do cheque que a vida circulatória e a existência mesma da dívida acabaram. Se o sacado paga, sem cancelamento, expõe-se à perda, ou ao furto do cheque, e a que volte à circulação, talvez ainda dentro do prazo de apresentação.

Em mãos do possuidor de boa fé, é como se o cheque não tivesse sido pago.

Apresentado o cheque e pago, entende-se que havia provisão e autorização para criar cheque. Se não havia aquela e essa, ou se não havia aquela, ou essa, é assunto entre o passador do cheque e o sacado. Apresentado o cheque, sem que o pague o sacado, ou o sacado alega a) falta de provisão, ou de suficiente provisão, ou alega b) falta de autorização para criar cheque, ou e) existência de motivo legal, invocado, pelos meios legais, pelo passador do cheque para não ser pago *(e.* g., infimação conforme o art. 36 da Lei n. 2.044, de Si de dezembro de 1908), ou *d)* depósito judicial (Lei n. 2.044, ad. 36, § 2.~), ou *e)* pagamento em virtude de sentença (Lei n. 2.044, art. 86, §

3.0), ou >9 precisar de explicações ou garantia, com fundamento no art. 10 da Lei n. 2.591, que é de interpretação estrita.

2.ORDEM CRONOLÓGICA DAS APRESENTAÇõES. A apresentação tem o seu ponto de tempo, que a situa cronolôgicamente: “O pagamento dos cheques far-se-á à medida que forem apresentados” (Lei n. 2.591, art. 8.0, alínea 2Y); “Apresentando-se, ao mesmo tempo, dois ou mais cheques, em soma superior aos fundos disponíveis, serão preferidos os mais antigos. Se tiverem a mesma data, serão preferidos os de número inferior” (art. 8.0, alínea 8.~).

A não-apresentação dentro do prazo tem como conseqüência a preclusão do direito de regresso contra os endossantes e avalistas e, nas espécies do ad. 5~0, alínea a, contra o próprio passador do cheque (“Perderá 2~

também contra o emitente, se êste tiver, ao tempo, suficiente provisão de fundos e esta deixar de existir, sem fato que lhe seja imputável”).

A respeito da ação contra o passador do cheque, convêm lembrar: *a)* que, pela Lei n. 1.088, de 22 de agôsto de 1860, art. 19, § 10, alínea 8.~, o portador, que não apresentasse o cheque dentro do prazo (que era um só: três dias), perdia o direito regressivo contra o passador; b) que, em virtude da Lei n. 2.591, art. 59, alínea □

2 a, de regra,

a ação contra o passador *persiste.*

O art. *59,* alínea □a, diz: "O portador que não apresentar o cheque nos prazos indicado 1

s no artigo antecedente, ou

deixar de o protestar por falta de pagamento, perderá a ação regressiva contra os endossantes e avalistas". E a alínea 2.: "Perderá também contra o emitente, se êste tiver, ao tempo, suficiente provisão de fundos e esta deixar de existir, sem fato que lhe seja imputável". Perde a ação contra os endossantes e avalistas, diz o art. 59, alínea 1a□

Não é bem isso o que se dá:

perde-se o direito, perde-se a pretensão, quer contra os endossantes, quer contra os avalistas. A ação não se perde, pelo fato simplíssimo de que, não apresentado o cheque dentro do prazo em que seria de apresentar-se, ou, tendo-se apresentado sem obter pagamento, não sobrevindo protesto, a ação não nasceu. Trata-se de ação *nondum nata,* e não de ação preclusa. O que preclui é o direito e, com êle, a pretensão.

Quanto ao passador do cheque, somente preclui o direito regressivo e, com êle, a pretensão, se a provisão existia e se perdeu sem culpa do passador do cheque. Portanto, contra o passador do cheque continuam o direito e a pretensão e nasce a ação do portador, se não havia provisão, ou se havia provisão e se perdeu por culpa do passador do cheque. Assim, o direito contra o passador do cheque persiste para além do prazo de apresentação e se essa somente se dá após a expiração do prazo, não porque a dação do cheque seja *solvendi causa* (coisa que se diz e se repete, sem muito se pensar), mas sim porque se afirmou a existência da provisão e da autorização para criar cheques, e uma ou ambas não existem. A lei cambiarizou o dever correspondente ao regresso.

O sacado não é obrigado a pagar o cheque, fora do prazo; mas pode

pagá-lo, *enquanto não prescrita a ação.*

Perante o passador do cheque pode êle, fora do direito cambiariforme, no plano, portanto, do acôrdo concernente ao destino da provisão, ter o dever e a obrigação de pagar fora do prazo; excepcionalmente, por ordem expressa, extracambiariforme, do passador do cheque, com ou sem surgimento do direito do podador ao pagamento, *ainda depois de prescrita a divida chéqufra.* De regra, se o sacado tem consigo a provisão, deve pagar o cheque, se é de interpretar-se que o passador do cheque estabeleceu isso. THIERS VELOSO *(Manual do Banqueiro,* 118) queria que o art. 21 da Lei n. 2.044 fôsse extensivo ao cheque; mas exatamente a 2~a parte do art. 21, que fala de doze meses, só incide se nãq há prazo marcado, e prazo há, quanto ao cheque, que é um dos que se fixam na lei sObre cheques. No mesmo sentido que THIERS VELOSO, outros comercialistas; sem argumentos a mais qualquer dêles. Ora, o art. 21 não é regra de direito sôbre cheque, porque o art. 49 da Lei n. 2.591 foi exaustivo.

Se há pluralidade de cheques para serem pagos, a apresentação é que os põe em fila, ou ordem. Para se deixar de pagar um dêles, é preciso que haja razão jurídica para isso; tal razão pode ser de cognição completa ou de cognição incompleta: *a)* se de cognição completa, o cheque, de que se trata, não se paga mais (~ é pôsto fora da fila, ou ordem) ; b) se de cognição incompleta, a sua sorte é dependente de se completar em sentido desfavorável (= é pOsto fora da fila, ou ordem), ou em sentido favorável ao portador (= fica, para todos os efeitos, na fila, ou ordem), razão por que, havendo, em virtude de decisão de cognição incompleta, suspensão do pagamento do cheque, a quantia não pode servir a pagamento de cheque de apresentação posterior.

3.DIREITO REGRESSIVO CONTRA O AVALISTA DO PASSADOR DO CHEQUE. O art. 59, alínea 13, da Lei n. 2.591 diz que, não apresentando o portador o cheque no prazo indicado, ou deixando de protestar, perde a ação regressiva "contra os endossantes e avalistas". A respeito do passador do cheque, a regra jurídica é outra (art.

59, alínea 23). Pergunta-se:

j,na expressão "avalistas" do art. 59, alínea 13, está incluído *<a.)* avalista do passador do cheque, ou (b) não está?

Se (b), incide o direito cambiário. Essa é a interpretação verdadeira, devida à com-sorte do avalista com o avalizado.

4.FALÊNCIA DO SACADO E APRESENTAÇÃO DO CHEQUE FORA DO PRAZO. Se o sacado faliu, muito importa saber-se se foi a) antes da criação do cheque, ou b) dentro do prazo para a apresentação do cheque, ou o) depois de expirar o prazo de apresentaçAo. Se *a),* ou 6), há a ação cambiária do portador contra o passador do cheque; se o), não há a ação cambiária contra o passador do cheque. Se, ao tempo da apresentação havia provisão, o sacado não paga e, fora do prazo, depois, é decretada a falência do sacado, o portador não tem ação cambiário contra o passador do cheque. Devia protestar ou propor a ação, imediatamente.

5.APRESENTAÇÃO E PROVISÃO INSUFICIENTE. Se só em parte existe a provisão, ao tempo da apresentação dentro do prazo, o portador é obrigado a receber o pagamento parcial. Nas Resoluções da Haia, ad.

18, disse-se que “le porteur peut refuser un paiement partiel”. No direito uniforme, art. 84, alínea 23, prevaleceu a tese contrária: “Le porteur ne peut pas refuser un paiement partiel”. No direito brasileiro, TITO FULGÊNCIO

<*Do Cheque,* 171) e TrnxRs VELOsO *(Do Cite-que,* 176 s.) eram pela obrigatoriedade do recebimento do pagamento parcial; PAULO DE LACERDA *(Do Cheque,* 829) admitia a recusa. A respeito, 3. X. CARVALHO

DE MENDONÇA *(Tratado,* V, Parte 23, 474 e 527) sustentava opinião esdrúxula: se o passador do cheque é o único responsável pelo cheque (= não há endossantes e avalistas), poderia ser recusado o pagamento parcial. A questão cifra-se em se saber se a regra jurídica do ad. 22, § 1.0, da Lei n. 2.044 (“O portador é obrigado a receber o pagamento parcial ao tempo do vencimento”) incide em matéria de cheque, por fôrça do art. 15 da Lei ii. 2.591, ou se é “inadequada” (Lei n. 2.591, art. 15, *verbis* “em tudo que lhe fOr adequado”). Não é de acolher-se o argumento de que, não sendo o cheque instrumento de crédito, a obrigatoriedade do recebimento do pagamento parcial o desvirtuaria. Ainda que a provisão *fOsse* do portador, em vez de o ser o direito a ela, a fungibilidade e a divisibilidade da prestação permitiriam o recebimento do pagamento parcial. O pagamento parcial há de ser recebido, mesmo porque o passador do cheque se desoneraria com a perda posterior (Lei n. 2.591, art. 59, alínea 2.~). A falta parcial ou recusa parcial, quando apresentado fora do prazo o cheque, não exclui a obrigatoriedade do recebimento do pagamento parcial: o portador continua obrigado a receber o que é provisão insuficiente. O

portador do cheque, no caso de pagamento parcial, tem de dar quitação no próprio cheque, que lhe fica, e quitação em separado, que há de entregar ao sacado (Lei n. 2.044, art. 22, § 2.0; Lei n. 2.591, art. 15). O protesto é pelo restante.

PAGAMENTO

§ 4.138. Precisões conceptuais

1. PAGAMENTO DO CHEQUE. Pagamento do cheque é a versão do dinheiro que corresponde à soma sacada, ou ao que há de provisão no banco ou comerciante, contra o qual se sacou. Tem de ser pago à vista; não é título de crédito, é instrumento de pagamento, para cujo pagamento se anteciparam fundos disponíveis. Ao ser datado, há de existir a provisão; daí uma das razões para ser curto o prazo de apresentação, à diferença do que se passa com os outros títulos à vista (Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, arts. 21 e 56: doze meses; Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 28). É êrro dizer-se que, sendo uma das funções do cheque a compensação individual e direta, ou em câmara de compensação, se lhe veda a criação a prazo. O ser à vista o cheque é *prius,* histórica e sistemàticamente, em relação a essa função, exterior a êle e eventual.

*De jure coMendo,* o cheque a prazo teve seus defensores e os seus inimigos. É mais simples que somente seja à vista, porém, com isso, não devemos fulminar argumentos contrários, nem, tão-pouco, supervalorizar os argumentos a favor de só se poderem criar cheques à vista. Um dêsses argumentos é o de que, uma vez que o cheque se refere e depende da existência de provisão, seria estranho que se desse, ou se precisasse dar prazo ao sacado. Nenhum banqueiro tem, sempre, em cofre, todo o dinheiro que poderia ser levantado em cheques; os legisladores têm resistido à extrema concepção do cheque representativo, com tôdas as conseqUências disso, e permitem qne na falência do sacado se não reivindique a provisão: o argumento é, pois, fragílimo.

2.ÓRGÃO E REPRESENTANTE. Discute-se se paga bem o sacado se o órgão, ou o representante de um dos endossantes não tinha podêres. Na Lei n. 2.044, art. 40, diz-se: “Quem paga nao está obrigado a verificar a autenticidade dos endossos”. Isso não quer dizer que,

estando de má fé, se exima da responsabilidade pelo pagamento. Tão-pouco, é obrigado o sacado a verificar os podêres dos que transferiram o cheque, por endôsso, ou por tradição, ou a capacidade dos endossantes *(ajiter,* a do último endossatário ou portador).

## § 4.139. Cláusula a prazo e acordo de aviso prévio

1.SORTE DA CLÁUSULA A PRAZO. No direito brasileiro, o cheque somente se concebe como cheque à vista (Lei n. 2.591, art. 10): "O cheque é pagável à vista, ainda que o não declare. O sacado, porém, poderá pedir explicações ou garantia para pagar o cheque mutilado ou partido, ou que contiver borrões, emendas ou data suspeita". Se, a despeito do art. ~o, 1Y parte, da Lei n. 2.591, o passador do cheque o fêz a prazo (a data certa, a tanto tempo da data, ou da vista, ou outra cláusula protrainte), há o problema de interpretação da lei, porque o legislador não enfrentou o problema da técnica legislativa. Para a solução *de jure condendo,* ou se teria de considerar:

a) não-cheque o cheque (inexistente como cheque, estranho ao direito sôbre cheque)~ ou b) como cheque nulo (existente como cheque, mas eivado de nulidade), ou *o)* como não-escrita a cláusula (inexistente), ou *d)* como nula a cláusula, ou *e)* „como existente e ineficaz a cláusula. No plano legislativo, enquanto a Resoluções da Haia

<1912), art. 13, adotou a solução b)

"Le chêque est payable à vue. tiu titre contenant une autre 4chéance est nul comme chêque", o direito uniforme (art. 28,

1~a e 2 a partes) preferiu *e)* : "Le chêque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite". Ainda depois disso, houve os que preferiam a solução lO, cf. J. BoUTEROfl *<Le Statut international du CI&ê que,* 373). No Decreto-lei francês de 30 de outubro de 1935, art. 28, fala-se, expflcitamente, de "non-écrite", e não de "nuíle", que seria a solução *d),* razão por que não se há de pensar como 3k VALÉ1flr *(Des Chêques,* 393), que se enganou na transcrição (cp. 450). No direito francês anterior e no direito brasileiro, o cheque sempre foi essencialmente pagável à vista. A Lei francesa de 19 de fevereiro de 1874 havia inserto no art.

1.0 da Lei francesa de 14 de junho de 1865 a alínea final, que dizia:

“Toutes stipulations, entre le tireur, le beneficiaire ou le tiré, ayant pour obj et de rendre le chêque payable autrement qu‟à vue et à premiêre réquisition, sont nuíles de pIem droit”. De modo que se seguia a solução *d),* contra a interpretação de C. LYON-CAEN e L. RENAULT, que faziam de tal cheque letra de câmbio.

No direito brasileiro, o art. 20 da Lei n. 2.591 mencionou o que há de conter o título para ser cheque. O art. 10 não é sôbre pressuposto de fundo ou de forma, é sôbre o pagamento do cheque, *que é â vista:* se o não declara, entende-se que o é; se declara outra coisa, essa declaração se choca com o que é essencial ao cheque, com o que é da natureza do cheque. A cláusula é que não entra no mundo jurídico; o cheque entrou, e é cheque, pois satisfaz os requisitos do art. 29, ainda que não tenha havido autorização para o criar, nem provisão (art. 19). Trata-se de cláusula restritiva da responsabilidade do credor, além dos limites fixados pela lei e, pois, segundo os princípios do direito cambiário (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, arts. 44, IV, e 56) e do cambiariforme (Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 23; Lei n. 2.591, art. 15), *não -escrita.* Os princípios de direito civil nada têm com isso; sem razão os que consideram inexistente (= = não-cheque) o título, o que seria a solução a), invocando, para isso, o art. 10 da Lei n. 2.591 e os princípios do direito comum *(e.* g., C. F. DA CUNHA PEIXOTO, *O Cheque,* 1, 251 s.), que aliás conhece muitos casos de cláusulas inexistentes em situações análogas, e os que têm o cheque por existente e nulo. Nem, pagando tal cheque o sacado, teria ação contra êle o passador do cheque, pois que tal cheque tem todos os requisitos do art. 2.0 da Lei n. 2.591 e pode o sacado invocar o art. ~ lY parte.

Os que argumentam, na esteira de L. NOUGUIER *(Des Chêques,* □

2 a ed., 47), com o direito fiscal, que tem dever

de se



pagar sêlo, por não se considerar cheque o que nio está selado (em certos sistemas jurídicos), lançam mAo de método de interpretação assaz perigoso, que é o de se buscar ao direito fiscal regra jurídica sôbre existência ou sôbre validade de negócio jurídico de direito privado. Os métodos científicos de fontes e interpretação repelem tais expedientes.

A Lei uniforme, no art. 28, estatul: „Te cheque est payabie à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite.

Le chêque présenté au paiement avant le jour indiqué covnme date d"émission est payable le jour de la présentation".

2.ACÕRDO SOBRE AVISO PRÉVIO. O problema, *de jure condendo,* oferece a alternação: ou a) é inexistente o acôrdo, pois que se autorizou a criação de cheque, ou, tratando-se de conta corrente bancária, a autorização é implicita; ou *b) é* existente mas nulo; ou *o)* é válido. No direito uniforme, deixou-se de regular a matéria; e foi bem que assim se entendesse. NAo se está diante de problema de técnica jurídica legislativa sôbre cheques; e sim de problema de técnica jurídica legislativa sôbre autorização para criar cheques. Sempre que a lei sôbre cheques entende que determinadas contas correntes dispensam a autorização apressa ou tácita, porque a têm implícita, a acôrdo sôbre aviso prévio ou seria extintivo dessa conta corrente (no direito brasileiro, tornaria não-bancária a conta corrente, e faltaria a autorização expressa, o que não afastaria, de si só, a possibilidade de autorização túcita posterior ao acôrdo e derrogativa dêle) ; ou não seria suficiente para tornar não-bancária a conta corrente e só teria eficácia fora do direito sôbre cheques. Quanto às contas correntes não

-bancárias e às aberturas de crédito, ou o acôrdo sôbre~ aviso prévio se há de interpretar como derrogação da autorizaÇÃO já dada para criar cheques, ou como pré-excludente de se terem por autorização tácita atos posteriores, positivos ou negativos, do sacado. Seja como fôr, o acôrdo do aviso prévio só se refere à relação entre o passador do cheque e o sacado, *no* tocante à autorização.

No direito brasileiro, PAULO UE LAÇERDA *(Do Cheque,* 101 e 294) sustentou, a *priori,* a. existência e validade da convenção de aviso (legitimidade, dizia) ..... dada a diversidade entre a provisão e o cheque, bem podem o credor e o devedor da provisão estabelecer a norma do aviso prévio"; e O. E. DA CUNHA PEIXOTO *(O Cheque,* 1, 253) tentou distinguir: se não há cláusula constante do cheque, o portador é terceiro e pode protestar o cheque; se há, o título não *é* cheque. Ora, já vimos que a cláusula, regida pelo art. 44, IV, da Lei n. 2.044, de Si de dezembro de 1908, é considerada não-escrita, e o problema já foi versado; quanto ao acôrdo sôbre aviso prévio depende @le de ter eficácia cancelativa da bancariedade da conta corrente (Lei n. 2.591, art. 1.~, § 1.0, a), e §

2.0), ou da autorização de criar cheque (art. 1.~, § 2?), ou pré-

excludente de autorização tácita.

O que se disse quanto ao acôrdo sôbre aviso prévio estende-se ao acôrdo sôbre outras determinações de prazo *(e.*

g., a certo dia, a tempo certo da data, a tempo certo da apresentação).

O cheque com data futura, ao tempo da críação (cheque pós-datado) é cheque. Apenas somente pode ser apresentado no momento em que se inicia, com o advento do dia, o prazo para apresentação .

Os agiotas costumam, para escaparem à lei contra a usura, exigir cheques pés-datados, em vez de notas promissórias. Com isso, não ficam livres da ação penal, mesmo se endossam o cheque na data que dêle consta, ou depois. O endôsso antes dessa data é indício de má fé, por parte do endossatário, ou talvez, de conluio com o agiota. O que dissemos quanto ao endossatário também se entende com o possuNdor do cheque ao portador.

No art. 85 da Lei uniforme diz-se: "Le tíré qui paie un chêque endossable est obligé de vérifier la regularité de la suite des endossements, mais non 1 asignature des endosseurs". Na lei brasileira, passa-se o mesmo. O sacado tem de apurar se quem apresenta o cheque é o último endossatário. Ai, o que está em causa é a *identificação do portador-endossatário,* e não a legitimidade da firma do endossante. Se o cheque é ao portador, ou em branco, a questão muda; porque, então , não há outro elemento para a identificação que a posse.

A identificação do portador-endossatário depende das circunstâncias. Se o pagador conhece a pessoa que figura como endossatário, não há dificuldade; e o mesmo ocorre se alguma pessoa, que possa, dentro do banco ou estabelecimento sacado, opinar e ordenar sôbre identificação, conhece o endossatário. Se não é conhecida a pessoa que figura como endossatário, compreende-se que a jurisprudência, no Brasil e alhures, pareça ser contraditória. Em verdade, é apenas casuística. Para a identificação pode bastar, se não oferece dúvidas, a carteira de identidade, ou o passaporte. Pode não bastar, se há dúvida; e. g., se há indício de que a fotografia foi substituida. Daí em diante só os elementos de fato podem dizer até que ponto podem ir as exigências do banco.

Quanto maior a quantia que se há de pagar, mais prudente e justificado há de ser o sacado. Não é de afastar-se a exigência de que alguém assine, no anverso, de lado, ou no verso, o cheque, com a

*cláusula "para identificação".*

A essa pessoa toca-lhe responsabilidade extracambiariforme perante o verdadeiro dono do cheque. No caso de ter havido culpa do sacado, tal responsabilidade é solidária. Se o sacado pagou, após a cláusula "para identificação", e houve culpa sua, não pode alegar falta de provisão se outro cheque, verdadeiro, lhe é apresentado, se, sem o pagamento que culposamente fêz, provisão haveria.

Quanto ao cheque em branco e ao cheque ao portador, há duas opiniões : uma, que os distingue no tocante ao dever de identificação; outra, que os trata igualmente. A última é que merece ser seguida, porque os princípios são os mesmos. O sacado tem de proceder com as cautelas, que, se faltam, tornariam bastante a prova da sua má fé, ou seriam fortes indícios. Se pessoa mal vestida, sem aparência de estar com mala, ou outro meio de condução, vai receber quantia com que não seria justificável que se andasse pelas ruas, pelo menos há de o sacado telefonar para o subscritor do cheque, dizendo-lhe quais as circunstâncias em que se veio receber a quantia.

Aliás, os elementos suficientes, objetivamente, para a identificação, podem existir, sem que se afaste a possibilidade de existir e poder provar-se a má fé, por parte do sacado.

§ 4.140. Legitimação ativa

1. LEGITIMAÇÃO DO PORTADOR. O portador legitimado deve apresentar os dados que o legitimem. Ésses dados estão, de regra, no próprio cheque. A legitimação é *necessária* e *suficiente* para o exercício do direito à provisão, para o exercício dos direitos de regresso e para o exercício dos direitos, que, como a ação possessória, a de reivindicação do cheque ao portador e a de enriquecimento carnbiariforme injustificado, provêm da posse do cheque. A legitimação é a *extrinsecação da titularidade do cheque* e depende da espécie do cheque (nominativo, à ordem, endossado em branco, ao portador).

(a) Se o cheque é nominativo, a legitimação faz-se pelo instrumento da cessão, ou pelos instrumentos da sucessivas cessões. Alguns autores entendem que a simples posse do cheque nominativo faz presumir-se dono o possuídor, mas isso romperia com os princípios sôbre *titulos nominativos,* O sacado tem o direito e o dever de exigir a legitimação do possuidor do cheque nominativo. Se acha suficiente a aparência, ou

o conjunto de circunstâncias, obra a seu próprio risco. A mesma situação é a sua, se o cheque é à ordem e o possuidor não coincide ser o endossatário, ou se o tomador ou o último endossatário preferiu a transferência por cessão.

(b) A legitimação subjetiva do cheque à ordem faz-se mostrando-se a coincidência entre o nome do tomador ou do último endossatário e o do possuidor do cheque. Tem o sacado o direito e o dever de verificar se a série dos endossos é sem lacuna. Se o cheque foi em nome do próprio passador do cheque e à ordem, legitimado é o passador do cheque, ou o endossatário, partindo a série, sem lacuna, do endOsso pelo passador do cheque. A cadeia dos endossos há de ser ininterrupta, embora unidas duas séries de endossos por sucessão hereditária, cessão, assinação, adjudicação, ou arrematação <E. JACOBI, *Die Wertpapiere,* 23 ed., 212 s.). O endOsso riscado não prejudica a ininterruptibilidade da cadeia de endossos. Se com tal cancelamento (Lei n. 2.044, de 81

de dezembro de 1908, art. 44, § 1Y) nasce alguma suspeita, tem o sacado o direito e o dever de exigir as explicações satisfatórias ou garantia para pagar o cheque, pois o art. 10, 2.~ parte, da Lei n. 2.591, bem que de interpretação estrita, pode ter incidência analógica.

(c) O endOsso em branco e o endOsso ao portador têm a mesma eficácia, em se tratando de legitimação. Se algum possuidor endossa em prêto, restitui ao cheque a circulação à ordem, no que se diferencia do cheque ao portador o cheque endossado em branco (ou endossado ao portador). O endossante, se segue ao endossante em branco, é endossante em prêto, ou em branco, ou ao portador. Se o seu nome assina endOsso em prêto, restabelecida fica a circulação à ordem. O que não é endossatário em prêto legitima-se como possuidor do cheque ao podador. O

portador do cheque endossado em branco pode enchê-lo com o seu nome; não tem dever de enchê-lo. Pode enchê-lo com outro nome; pode entregá-lo a outrem, sem no encher e sem no endossar. A data do endOsso é assaz relevante. Se não consta, presume-se ter sido anterior à expiração do prazo de apresentação. Se houve protesto por falta de pagamento, o cancelamento posterior aparece no título, pois o protesto, na espécie, há de ter mencionado os endossos existentes.

Cumpre advertir-se em que a legitimação em exercício de direito de regresso, porque se tem de alegar e provar a existência de dever e obrigação em regresso e adimplemento dêsse dever, é obrigação.

Ainda a respeito de cheques endossados à ordem, a legitimação formal pode ser *elidida* por se mostrar que falta algum elemento ao suporte fáctico da aquisição. O endOsso, só, não legitima; a posse só aparente não completa o suporte fáctico. O art. ~ 23 parte, da Lei n. 2.591 só se refere ao sacado: êsse pode pedir explicações, ou garantia para pagar o cheque, se há dúvida; o obrigado cambiariforme do cheque pelo regresso, êsse, somente pode deixar de pagar se tem prova da falta de direito.

(d)O possuidor do cheque ao portador legitima-se com a sua posse. Quem possui o cheque, sem ataque à sua posse, legitimado é. O que tem dever e obrigação de pagar o cheque só se pode recusar ao pagamento ao portador se alega e prova a sua má fé, ou a sua incapacidade para alienar o titulo.

2.MESMO TEMPO; MESMA DATA DO CHEQUE. Enquanto há provisão suficiente, o sacado paga os cheques que se lhe apresentem, sem outro critério que o da prioridade da apresentação. Se a provisão já é pequena, deve o sacado prestar atenção à entrada de cheques à portinhola, para que não seja pago algum cheque que, apresentado ao mesmo tempo que outro, ou outros, teria de ser pago depois. Estatul o art. 8?, alínea da Lei n. 2.591: “Apresentados, ao mesmo tempo, dois ou mais cheques, em soma superior aos fundos disponíveis, serão preferidos os mais antigos. Se tiverem a mesma data, serão preferidos os de número inferior”.

Ao mesmo tempo, disse a lei. Não disse “no mesmo dia”, nem “na mesma hora”; disse: “ao mesmo tempo”. Não disse “no mesmo instante”, porque, salvo se há dois ou mais guichês, é difícil .a apresentação, por duas ou mais pessoas, de cheques do mesmo passador. A própria apresentação pela mesma pessoa não seria no mesmo instante, porque um cheque estaria sobreposto a outro, ou aos outros. Disse-se “ao mesmo tempo” para se frisar que o tempo é variável conforme as circunstâncias. Enquanto o cheque apresentado não foi pago, devido às verificações usuais, a apresentação de outro ou outros é ao mesmo tempo. O cheque retido, por contra-ordem do passador do cheque, não fica prejudicado pela apresentação de outro, ou de outros, se o sacado entende que não é legal o motivo. Nem o cheque, cujo pagamento foi suspenso por mandado judicial. A apresentação obriga o sacado a reserva do dinheiro, para depositar judicialmente.

O art. 8.0, alínea 83, não incide se há duas ou mais contas correntes e

os cheques são sObre contas correntes diferentes. Todavia, se os cheques podem ser pagos por outra conta corrente, os cheques da conta corrente que tem fundos preferem aos outros.

Se há pluralidade de autorizados à criação de cheques sObre a mesma conta, tratam-se como se fOssem da mesma pessoa, sem qualquer influência da graduação dos autorizados *(e.* g., presidente da emprêsa, gerente, procurador; marido, mulher; pai, filho).

Se, apresentados dois, ou mais cheques, sObre algum ou alguns dêles precisa de explicações ou garantia o sacado

<Lei n. 2.591, ad. 10), tal protelamento não pode elidir a observância do art. 89, alínea 8?.

Se todos os cheques têm datas diferentes, prefere-se o de data mais antiga. Se a data é a mesma, prefere-se o de número inferior. Se o de número inferior é de data mais recente, prefere-se o de data mais remota. Ao número somente se atende se há a mesmeidade da data.

Se os cheques são da mesma data e de talões diferentes, cumpre distinguir-se: *a)* ou a numeração dos cheques é contínua (talão 2: dez cheques, de 11 a 20), ou é descontínua (talão 1: dez cheques, de 1 a 10; talão 2: dez cheques, de 1 a 10), e tem-se de atender, ali, ao número do cheque e, aqui, ao do talão e ao do cheque, devendo-se pagar o n. 10 do talão 1 antes de se pagar o n. 1 do talão 2; 19 se a numeração é contínua e são duas ou mais as pessoas que movimentam a conta, abstrai-se da pluralidade de pessoas; se é descontínua, também.

Se algum dos depositantes alega terem sido antedatados os outros ou o outro cheque, nem por isso há de deixar de observar o art. 89, alínea 33, o sacado; salvo se há mandado judicial para não pagar enquanto se não decida a questão da antedata, que pode ser assaz relevante em matéria de falência do passador do cheque. Nesse caso, cabe ao sacado depositar judicialmente a provisão restante, para que judicialmente se decida sObre a incidência do art.

8.0, alínea 83.

O sacado que deixa de observar o art. 8.0, alínea 33, responde ao portador por seu ato injusto.

8.CHEQUE E PLURALIDADE DE CONTAS. Se o passador do cheque

tem no estabelecimento sacado duas ou mais contas, e aquela, a que se liga o cheque, não tem provisão suficiente, e a outra, ou as outras têm, cumpre distinguir: a) se o passador do cheque estava autorizado a criar cheques sObre duas, ou mais, nada obsta a que se complete a quantia com o que há na outra, ou nas outras contas correntes, ou se pague, se a conta corrente a que se liga o cheque está esgotada, tOda a quantia, o cheque é tratado, então, como *cheque avulso; b)* se o passador do cheque só tinha autorização para sacar sObre uma conta, o sacado pode honrar o cheque, como o poderia, ainda se só uma conta corrente existisse, porém não é, perante o passador do cheque, obrigado a pagá-lo *(aliter,* se as contas são em moedas diferentes, ou se a conta provida tem outra destinação incompatível com o desvio de fundos). O problema nada tem com o art. 89, alínea 33, da Lei n. 2.591, onde se estatuiu que, "apresentando-se, ao mesmo tempo, dois ou mais cheques, em soma superior aos fundos disponíveis, serão preferidos os mais antigos"; "se tiverem a mesma data, serão preferidos os de número inferior". O problema da pluralidade de contas somente se põe depois que se resolve o problema a que se refere o art. 8.0, alínea g,a, se êle ocorreu. (Os que citam a JACQUES BOUTERON, *La Jurisprudence du Ckê que,* 53, como pré-excluindo qualquer pagamento por outra conta, não atendem a que êle só cogitou dos casos de contas que devem ser geridas separadamente, como a conta em francos e a conta em dólares.) Não é verdade que o Supremo Tribunal Federal, a 5 de agOsto de 1929, haja adotado tese diferente das que acima enunciamos, como a) e 19. No caso, que se julgou, a conta, sObre que se sacara, estava esgotada, e o saldo devedor era acima do saldo credor da outra conta: "Entre a firma falida, da qual era o autor sócio solidário, e o réu, Banco Ultramarino, havia, na ocasião em que contra êste Banco foi sacado o cheque de fís. 46, duas contas correntes: a) uma, garantida com títulos, iniciada a 7 de dezembro de 1919, a qual, a 25 de outubro de 1920, acusava um saldo devedor da aludida firma na importância de 482 :524$720 (fís. 160 v., *in fine,* e fís. 161; respostas ao „7? e ao 8.0 quesitos do autor, de lIs. 165, 165 v. e 166) ; e *14* uma conta corrente especial, que, a 21 de outubro de 1920, acusava a favor da mesma firma um saldo credor de 108 :000$000 (fís.

36). Por não ter o réu pago o cheque de fís. 46, sacado para ser pago por esta conta especial, é que o autor propôs, contra o réu, esta ação de perdas e danos, oriundos dêsse não-pagamento. Para a procedência ou improcedência do pedido, cumpre se verifique se o referido cheque foi sacado para ser debitado nesta segunda conta corrente, a garantida por títulos; pois a primeira acusava um saldo credor de 108 :000$000 à quantia sacada, ao passo que a segunda, em vez de saldo credor,

tinha o saldo devedor de réis 482 :524$720. Na verdade, se o saque foi feito contra aquela conta especial, o Banco-réu não podia deixar de pagá-lo, sob o fundamento de falta de fundos disponíveis, pois o havia e exatamente para a importância sacada. Mas, se foi para ser debitado na primeira conta a garantida por títulos, podia o Banco deixar de pagá-la, como o fêz, porque esta conta já acusava um saldo devedor de 432 :524$720, e eram péssimas as condições financeiras da firma sacadora, como se verá depois".

4.EXAME OBJETIVO. Diz o art. 10, 2? parte, da Lei vi. 2.591: "O sacado... poderá pedir explicações ou garantia para pagar o cheque mutilado, ou partido, ou que contiver borrões, emendas ou data suspeita". A regra jurídica só se refere ao sacado; não aos outros obrigados pelo regresso, nem nas ações derivadas da posse. O art.

10, 23 parte, tem incidência por analogia; *e.* g., se o cancelamento é só de parte do endOsso, ou se há dois nomes iguais com letras diferentes.

## § 4.141. Pagamento do cheque e meios de extinção

1.CONCEITO DA DAÇÃO EM SOLUTO. Se o credor assente, pode ser feita, em vez da prestação devida, outra. É a *datio in solutum,* dação em solução da divida, que extingue, *ipso jure,* a dívida, como a extinguiria o pagamento, em sentido estrito. Na dação em soluto há negócio jurídico bilateral de alienação, pois que se dá o objeto da prestação para se satisfazer a pretensão do credor. Por isso mesmo, no que concerne à responsabilidade pelos vícios da coisa e pela evicção, incidem os arts. 1.101-1.106 do Código Civil, que se referem aos contratos comutativos e aos vícios redibitórios, e os arts. 1.107-1.117, relativos à evicção. Para tal, não se precisa, no direito brasileiro, de analogia com a compra-e-venda, uma vez que os arts. 1.101-1.117 aludem a classes, em que se incluem, respectivamente, todos os contratos comutativos e todos os contratos onerosos. Diz o art. 996:

"Detenninado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra-e-venda". Noutros sistemas jurídicos, de tal regra jurídica é que se tira a responsabilidade pelos vícios redibitórios e pela evicção *(e.* g., Código Civil alemão, § 365). No sistema jurídico brasileiro, não, devido à generalidade dos arts. 1.101-1.117. Se a dação é *rem pro re,* à troca, e não à compra-e-venda, é que se remete.

Para que haja dação em soluto, é preciso que o acOrdo seja posterior ao fato jurídico de que resulta a divida. Não devemos dizer "de que

resulta a obrigação", porque pode ainda não existir a pretensão, só existir o direito. O

acOrdo é de adimplemento *atiud pro alio;* não sup§e, necessàriamente, obrigação. Ao acOrdo da dação em soluto segue-se a entrega da coisa, para adimplir. De jeito que há três elementos do negócio jurídico bilateral: *a)* o acôrdo; *b)* a entrega da coisa; *c)* a diversidade da prestação, em relação *à* que era devida. A prestação pode ser de coisa, em vez de dinheiro *(rem pro pecunia),* de crédito do devedor, em vez de dinheiro *(nan%en juris pro pecunia),* de coisa por outra coisa *(rem pro re),* de coisa por fato *(rem pro facto),* de fato por outro fato, ou por coisa, ou por dinheiro. Se há divida alternativa, só se pode pensar em dação em soluto, se o objeto prestado é diferente de qualquer das prestações alternativas. Dá-se o mesmo no tocante às dividas em que há prestação facultativa. (É grave êrro de alguns juristas estrangeiros falarem de novação quando a categoria jurídica é a dação em soluto; ainda mais grave dizerem que a dação em soluto implica novação. Não há substituIção da divida; o que se substitui é a prestação.)

2.RESPONSABILIDADE PELO VICIO DA COISA E PELA EVICÇÃO.

Quanto aos vícios da coisa, os arts. 1.101-1.106 permitem que se enjeite a coisa <art. 1.101), ou que se peça abatimento do preço (art. 1.105). Se há redibição, o crédito restabelece-se; se foi preferido o abatimento do preço, o restabelecimento é em proporção.

Quanto à evicção, estatui o art. 998: "Se o credor fOr evicto da coisa recebida em pagamento, estabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada". No direito comum, tinha o credor a faculdade de escolha entre exigir o crédito e exigir perdas e danos. No art. 1.114, a faculdade de escolha só se dá em caso de evicção parcial, o que se há de conciliar com o art. 998. No direito francês, art. 2.038, no argentino, art. 783, e no alemão, § 365, o crédito extinto não se restabelece; no direito brasileiro, sim. <No direito romano, a dação em soluto, para MARCIANO, que era Proculejano, não extinguia, *ipso iure,* a divida, que continuava de existir, ao passo que, para IJLPIANO, Sabiniano que era, se extinguiria a divida, só tendo o credor contra o devedor o *utilis actio ex empto.* Os juristas dos últimos séculos tentaram, debalde, explicar a contradição dos dois textos, inclusive admitindo a escolha. Nas legislações contemporâneas, o Código Civil alemão, § 365, ficou com ULI"IANO, e o brasileiro, com MAItdANO, porém somente para a eficácia da evicção, pois a dação em soluto extingue, *ipso iure,* a divida. Não porque seria nula a venda

de coisa alheia: só é relativamente ineficaz, isto é, para a exigência em natura.)

O cheque cruzado tem a particularidade, que lhe aumenta a segurança, de somente poder ser apresentado ao sacado por um banco. Portanto, o pagamento é a um banco.

O cruzamento pode ser feito pelo sacado, ou por algum portador (o tomador do cheque nominativo, endossatário-possuidor, possuIdor). Como se trata de ato que influi na aparência, o tenedor pode fazê-lo, de modo que se tem, ai, ato-fato jurídico. O louco, o não-dono, o ladrão, o servidor da posse podem cruzar o cheque.

O endossatário-possuidor, o portador ou o tomador do cheque nominativo tem de revelar a sua pessoa e ser reconhecido por um banco, que seja o apresentante para pagamento e receba a quantia devida. De ordinário, o possuidor legitimado do cheque entrega-o ao banco, com que tem negócios *(e. g.*, conta corrente), e êsse se incumbe de receber o quanto.

O cruzamento não tira a circulabilidade do cheque, nem a dificulta. As regras jurídicas sObre a circulação, seja à ordem, seja ao portador, incidem. Nada tem êle com a cláusula de não endossabilidade (L. LACOUR e J.

BOUTERON, *Précis de Droit Commercial, non compris le droit maritiine,* II, 206).

Ocruzamento geral pode ser transformado em cruzamento especial, com que se aumenta a segurança do cheque.

Se o cruzamento foi, por meios técnicos eficientes, apagado, o que importa é a *aparência* do título cambiariforme.

Se o banqueiro ou negociante pagou, por ser-lhe extremamente difícil ou impossível descobrir a falsificação, pagou de boa fé <P. CoRDoNNIER, La sécurité du chêque barré, *Dailoz Hebdomadaire,* 1933, 17; O. SIMON, Procédés destinés *à* empêcher la falsification de cheques bancaires, *Revue de la Ranque,* 1950, 515).

3.DAÇÃO DE TÍTULO DE CREDITO. Diz o art. 997: “Se fOr título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão”. Na *cessio in solutum,* extingue-se o crédito imediatamente, pois que o credor acordou em receber o crédito, em vez do pagamento. Tal instituto é inconfundível com o da *cessio solvendi*

*causa,* pelo qual se cede o crédito ao credor, para que o cobre, e fique, a título de pagamento, com o que for cobrado. Aqui, a dívida só se extingue quando se recebe o quanto e na medida em que fOr recebido, assumido, pelo credor, o dever de diligência no cobrar. i,A qual dos dois institutos se refere o art. 997, *verbis* "importará em cessão"? Por outro lado, há constituição de nova dívida, que o devedor assume *(e. g.,* pela criação e emissão da letra de câmbio, ou nota promissória), que não é cessão, e de modo nenhum se incluiria no art. 997. A entrega de letra de câmbio, ou nota promissória, criada pelo devedor, é assunção de nova vinculação em lugar do pagamento, e não dação em pagamento; mais: salvo cláusula expressa, que a faça ser *in solutum,* é *pro solvendo a* assunção da obrigação. Se não se satisfaz o crédito, o crédito primitivo persiste, o que é de grande importância prática no tocante às garantias. Na dúvida, a assunção de dívida nova é *pra solvendo,* e não *in solutum.*

Tratando-se de cheque, a entrega dêle ao sacado é extinuva da divida. Se o portador anuiu em receber letra de câmbio, ou nota promissória, ou título cambiariforme, em vez de dinheiro, houve dação em soluto, se o subscritor é o sacado, ou cessão em soluto, se o sacado é endossante. A tradição do cheque pré- -exclui pensar-se em dação *solvendi causa,* ou em cessão *solvendi causa,* salvo ressalva explícita.

O art. 997 não cogitou da assunção de divi da nova; mas, tão-só, da *cessio in solutum.* Só há *cessio solvendi causa,* se isso foi declarado. Ainda na dúvida, se houve dação de titulo de crédito (não assunção de dívida em título de crédito), se há de entender *in solutum,* e não *solvendi causa.*

A dação de cheque, com endOsso, ou pela tradição, se ao portador, é *cessio in solutum.* A dação de cheque, que o devedor assina, é dação *in solutum,* e não cessão *in solutum;* de modo nenhum é cessão *solvendi causa,* seria em caso de cláusula expressa, assunção de dívida *solvendi causa.*

Se houve cessão (arts. 997 e 1.065-1.078), o devedor cedente é responsável ao credor cessionário pela existência do crédito ao tempo da cessão, ainda que se não haja responsabilizado por isso (art. 1.073, lA- parte), porém não pela solvência do devedor cedido, salvo estipulação em contrário <art. 1.074).

O pagamento em cheque de firma alheia é dação em solução, portanto *pro soluto,* e não *pro solvendo.* Não é, portanto, título de crédito, para que se invoque o art. 997 do Código Civil: "Se fOr título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão". Nem

o não-pagamento é evicção (art. 998).

Quanto à letra de câmbio, à nota promissória e à duplicata mercantil, o endôsso é dação em soluto, e a emissão tem-se, na dúvida, como *solvendi causa.*

4.DAÇÃO EM SOLUTO E GARANTIAS. À diferença do direito alemão, a fiança não persiste, nem se restabelece, ainda que, aceita pelo devedor a dação em soluto, sobrevenha a evícçao (art. 1.503, III). Não assim a hipoteca, para a qual há regra jurídica especial (arts. 849, 1, e 998). Aqui, a divergência é com o direito francês.

5.PAGAMENTO COM CHEQUE. Com cheque paga-se, mas o que tem a receber dinheiro não é constrito a receber, em vez de dinheiro, cheque. O cheque somente substituiu o dinheiro, que se há de prestar, se houve acOrdo, ou se há uso ou costume, no sentido dos arts. 259-262 do Código de Processo Civil. Só a vontade dos interessados pode estabelecer a substituição; ainda no uso ou costume, no sentido dos arts. 259-262 da lei processual, o que se encontra é vontade dos interessados. Todavia, se se pagou com cheque, não foi com dinheiro que o devedor pagou, mas houve pagamento, se o pagamento devia ser em cheque, ou houve dação em soluto.

Muito diferente é o que se passa com o que tem de prestar dinheiro e presta letra de câmbio, ou nota promissória, ou duplicata mercantil, ainda à vista; porque se interpõe titulo de crédito: há assunção de outra divida. Se dizemos que dá em pagamento quem paga com cheque, diminuímos um pouco a função representativa, que tem o cheque; mas cheque é instrumento de pagamento, não dinheiro: o que há, de regra, é dação em soluto. Se disséssemos que dá em pagamento quem paga com título cambiário, *elidirtamos* o acOrdo que modificou o modo de solução, ou negaríamos que, com a entrega, para solução de cambiais, ou de duplicata mercantil, haja negócio jurídico com pagamento deferido.

Se, na ocasião de pagar, o devedor quer pagar com cheque, ou o credor recusa o cheque, e incorre em mora o devedor, ou o credor aceita o cheque, e não se pode pensar em mora: a responsabilidade pelo pagamento cessou; começa a responsabilidade pelo cheque, que nada tem com o negócio jurídico de que se irradiara a obrigação de pagar. Por isso mesmo, ao receber a oferta de pagamento com cheque, deve o credor exigir as garantias chéquicas (aval, endOsso intercalar de outrem), ou de direito comum. Quem paga com cheque dá *in*

*solutu,n.*

Nos textos romanos, *dele gatio* e *delegare* correspondem a quaisquer casos em que se procura fazer devedor alguém que não seja o delegante, abstraindo-se de qualquer que seja o fim da delegação, ainda que o delegado não seja devedor ao delegante (L. 11, pr., D., *de novationibus et dele gationibus, 46,* 2; L. 18, § 1, D., *de mortis causa donationibus et carpionibus,* 39, 6; L. 41, pr., D., *de re iudieata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus,* 42, 1; L. 4, § 21, D., *de doli mali* a *metus exceptiane, 44,* 4; L. 11, C., *de donationibus,* 8, 53). A delegação é a *Tlberweisung,* de que se distingue a assinação, *Anweisung,* no sentido moderno, que é a ordem de prestar, e não de prometer.

O princípio *Delegação não faz pagamento* é verdadeiro *(li.* THÓL, *Das Handelsrecht,* 1, 63 ed., 828); bem assim o outro *Assinação não é pagamento* (J. Ca. HASSE, *Pie Culpa,* 436; V. PLUCINSKI, Zur Lebre von der Assignation und Delegation, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 60, 344; C. RARSTEN, *Pie Redeutung der Form,* 179 5.; A. PERNICE, *Labeo,* 1, *507* 5.; contra B. v. SÂLPIUS, *Novation und Dele ga.tion,* 376). O cheque também não é pagamento, salvo acOrdo em contrário: mas é dação em pagamento. Quanto à delegação e à assinação, só cláusula do acOrdo as pode tornar *pro soluto.* Fora daí, há o uso de se pagar com o cheque; o que recebeu o cheque, sem pré-exclusão do uso, se tem por pago.

6.COMPENSAÇÃO COM OS CRÉDITOS SACAVEIS POR CHEQUE.

Se o sacado passa, por qualquer causa, a ser credor do autorizado a criar cheques, discute-se se pode o sacado compensar com êsse crédito, que se destina à criação de cheques, o seu crédito contra o autorizado. A favor da tese da compensabilidade, a despeito da antecipação, que a autorização envolve, argumenta-se que o depósito bancário e as outras contas, sObre as quais se podem passar cheques, não são depósitos no sentido do art. 1.015, II, do Código Civil (D. SUPINO, *Deila Cambiale e dell*"*Assegno bancario,* 406; L. GALLAvRESI, *L*"*Ãssegno bancario,* 282; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado,* V, Parte 23, 547; J. VAL LiY, *Des Chêques,* 131; recentemente,

J.BOUTERON, *La Jurisprudence du Chê que,* 157 s.). Todavia, o negócio jurídico entre o sacado e o autorizado a criar cheques pode ter estabelecido que as contas são imisciveis, ainda para compensação (Código Civil, art.

1.016: "Não pode realizar-se a compensação, havendo renúncia prévia

de um dos devedores"; art. 1.018: "Não haverá compensação quando credor e devedor por mútuo acOrdo a excluirem"). Por outro lado, não se admite a compensação em prejuízo de direitos de terceiro (Código Civil, art. 1.024, 13 parte); de modo que, tendo o possuidor do cheque, desde a data da criação, direito à provisão (Lei n. 2.591, art. 8.0), não se pode compensar contra o cheque de data anterior ao crédito do sacado.

A insolvência ou falência do sacado não obsta à compensação (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art.

46).

Se a compensação não se dá, não pode o sacado deixar de pagar o cheque, alegando que o passador do cheque lhe deve. Deve, mas tem provisão.

Tão-pouco, pode deixar de pagar, alegando que o portador lhe deve. O sacado não é *devedor* ao portador; deve ao passador do cheque, que atribuiu a outrem o direito à provisão: o sacado, por êsse ato do criador do cheque, não se fêz devedor ao portador, razão por que não pode êsse acioná-lo. Entrega de cheque não é cessão, de jeito que o próprio art. 1.021 do Código Civil não poderia ser invocado.

„7. CHEQUE E QUITAÇÃO. Se o cheque se acha com o sacado, presume-se pago. O sacado é possuidor; o possuidor presume-se dono do cheque. Como o sacado é que o tem de pagar, a sua posse é de presumir-se, a título de sacado que pagou. "A entrega do titulo ao devedor firma a presunção do pagamento", diz o Código Civil, art.

945. O sacado não é devedor ao portador do cheque, mas o título de legitimação, que se acha com quem o devia pagar, tem-se como pago, salvo prova em contrário. A discussão sObre a quitação poder ser por testemunhas, ou não, conforme o valor da dívida, é prova de grave confusão. Confundem-se *pagamento* e *quitação.* O portador é obrigado a entregar o cheque, com a quitação, àquele que efetua o pagamento (Lei n.

2.044, art. 22, § 2.0, 13 parte; Lei n. 2.591, art. 15). O sacado pode não exigir a quitação; pode exigi-la, sempre, qualquer que seja o cheque (nominativo, à ordem, ao portador).

Diz a Lei uniforme, art. 34: "Le tiré peut exiger, en payant le chêque, qu"il lui soit remis acquitté par le porteur. Le porteur ne peut pas refuser un paiement partiel. En cas de paiement partiel, le tiré peut

exiger que mention de ce paiement soit faite sur le chêque et qu"une quittance lui en soit donnee Se o pagamento somente pode ser parcial, o portador tem de dar duas quitações, uma, no cheque, outra, em separado (Lei n. 2.044, art. 22, § 2.0, 23 parte). Com isso, o sacado protege-se contra o adquirente do cheque sem a quitação, cuja boa fé é tutelada; protege-se o portador, porque o simples fato de comunicar ao adquirente não excluiria que fOsse acusado de ter ocultado o recebimento parcial.

8. taRo DO SACADO. O sacado que, após a contra--ordem, com motivo legal, paga por Orro o cheque, tem ação de enriquecimento injustificado contra o portador que recebeu (F. KLAUsING, *Wechsel- und Scheckrecht,* 72).

9. CÂMARAS DE COMPENSAÇÁO. Em vez de cada pessoa que houve cheques de diferentes procedências ir receber as quantias, pode levá-los ao banco, que disso se encarrega, apresentando a êsses e a outros à Câmara de Compensação. Simplifica-se a circulação; e simplifica-se o recebimento. Daí dizer a Lei n. 2.591, art. 13: "Os bancos e comerciantes poderão. compensar seus cheques pela forma que julgarem conveniente, respeitadas as disposiçOes desta lei. As Câmaras de Compensação *(clearing-houses),* porém, não poderão funcionar sem autorização do Govêrno". Govêrno está, aí, por Poder Executivo federal.

Em verdade, a Câmara de Compensação veio-nos da Inglaterra, pOsto que tenha havido preformas noutros países. Nasceu de encontro marcado entre empregados dos bancos, a fim de permutarem isto é, compensarem os cheques. Assim, poupavam-se transporte, tempo e trabalho. A Câmara de Compensação foi forma sobreposta a isso.

A primeira Câmara de Compensação, no Brasil, data de 1889, mas faltava-lhe banco central, que se incumbisse das liquidações, e desapareceu meses depois de fundada. Em 1919, dezenove bancos formaram uma, cujos estatutos foram aprovados pelo Govêrno federal. Depois, começou o período das Câmaras de Compensação, anexas ao Banco do Brasil: 1921, Rio de Janeiro, Santos, POrto Alegre e Recife; 1925, Ribeirão Prêto; 1931, Belo Horizonte...

Diz o art. 31 da Lei uniforme: "La présentation à une Chambre de compensation équivaut à la présentation au paiement". a pagar a alguém, talvez ao próprio sacado, posteriormente), como pode ser do próprio sacado, ou de terceiro, a quem o sacado tem de prestar por

conta do vedador. O cheque abstrai disso. Não se entra em tal indagação, que seria sObre relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente.

Se há pluralidade de contas, pode ser dito “para pôr na conta A”, ou “para pôr metade na conta A e metade na conta B”.

10. CLÁUSULA “PARA PôR EM CONTA”. Cheque “para par em conta” é o cheque que sOmente pode ser apresentado por pessoa que tenha conta na emprêsa sacada. Basta qualquer dizer que equivalha a “zur Verrechnung” ou “nur zur Verrechnung” do direito alemão, de onde procede o uso da cláusula. O sacado lança no ativo a quantia que, na ordinariedade dos casos, teria de ser entregue ao legitimado à apresentação.

Não há revogabilidade da cláusula. Se por algum processo especial foi eliminada a cláusula, paga bem quem tem de confiar na aparência.

Lê-se no art. 39, 13, □a, 33 e 43 alíneas, da Lei uniforme: “Le tireur ainsi que le porteur d‟un chêque peut 2

défendre qu‟on le pay en espêces, en insérant au recto la mention transversale “à porter en compte”, ou une expression équivalente. Dans ce cas, le chOque ne peut donuer lieu, de la part du tiré, qu‟à un rêgiement par écritures (crédit en compte, virement ou compensation). Le rêglement par écritures vaut payement. Le biffage de la mention “à porter en compte” est réputé non avenu. Le tiré qui n‟observe pas les dispositions ci-dessus est responsable du préjudice jusqu‟à concurrence du montant du chOque”.

O sacador pode vedar que se lhe pague em espécie, diz a Lei uniforme, art. 39. O interêsse na vedação de se pagar em espécie pode ser do tomador ou do portador *(e.* g., tem algo CAPÍTULO III

## NÃO-PAGAMENTO E PROTESTO

### § 4.142. Falta de pagamento

1.NATUREZA E ESPÉCIES DE PROTESTO. Com o protesto, salvaguardam-se os direitos cambiariformes, quando tais direitos dêle dependem, e pelo protesto tem a prova da apresentação feita. Diz-se que é facultativo o protesto quando não é necessário à conservação do

direito cambiariforme. São inconfundíveis a apresentação e o protesto. A apresentação pode ser protraída, em caso de ocorrer caso fortuito e fOrça maior. Não assim o protesto.

Se houve caso fortuito, ou fOrça maior, que justificou adiar-se a apresentação, mas o protesto não se fêz no dia em que se devia fazer, é intempestivo. Também no direito sObre cheque, é não-escrita a cláusula proibitiva do protesto.

O protesto é extrai judicial, formal e essencialmente probatório. Faz-se perante oficial público, fora do titulo, e documenta o exercício do direito constante do título. Se é certo que, na linguagem vulgar, ou, na própria doutrina, por brevidade, se diz que o protesto é indispensável para que o portador não perca o direito de regresso, em verdade é pela falta de apresentação que o portador perde, pois o protesto é a prova da apresentação. No próprio caso de pagamento por interveniente, continua a função só probatória do protesto.

No direito brasileiro, o protesto não permite sub-rogado.

O Brasil só tem o protesto em separado.

Chama-se contraprotesto àquele que é feito pelo que quer intervir para pagamento, a fim de que o possuidor receba. Tal protesto só é admissível depois do protesto por falta de pagamento pelo principal obrigado, sem ser preciso que se faça no mesmo ato. Apenas, não é possível contraprotesto quando já ineficaz seria o protesto.

Os princípios que expusemos a respeito do protesto da letra de câmbio são invocáveis a propósito do cheque.

O protesto facultativo não está sujeito ao dia imediato ao do vencimento, de que cogita o art. 28 da Lei n. 2.044.

Se, por exemplo, quer o portador provar a impontualidade do obrigado principal ou do avalista, e, assim, determinar o início da fluência dos juros de mora, ou interromper a prescrição da ação cambiária, o meio que se lhe oferece é provar, por via de protesto, o exercício do seu direito cambiário (apresentação, ato interruptivo).

2. INTIMAÇÕES E AVISO. O possuidor do cheque somente o pode apresentar ao sacado, ou diretamente, ou por intermédio do banco indicado, geral ou especialmente, como receptor, se o cheque foi cruzado. No direito brasileiro, se há falta, ou recusa de pagamento, há de ser feito o protesto, para se ter a ação regressiva contra os

endossantes e avalistas. Se a apresentação foi fora do prazo, não há ação regressiva contra os endossantes e avalistas, e o portador expõe-se ao que se estatui no art. 59, alínea 2Y. No direito brasileiro, a falta de pagamento, qualquer que seja o motivo, 56 Se prova com o protesto. O protesto tira-se no lugar do pagamento e no dia imediata à apresentação do titulo. Intima-se do protesto o sacado, ou intimam-se os sacados; o aviso aos endossantes, avalistas e passador do cheque é feito pelo portador que levou a protesto o cheque. A intimação do sacado ou dos sacados é dispensada, se o sacado ou os sacados lançam no título a declaração de recusa de pagamento, ou no caso de falência do sacado (Lei n. 2.044, art. 29, III, alínea 2.a; Lei n. 2.591, art. 15). Se não foi encontrado o sacado, ou se não foram encontrados os sacados, a intimação é afixada nos lugares do estilo e, se possível, publicada pela imprensa (Lei n. 2.044, art. 29, IV). Os endossantes não são intimados, nem os avalistas.

O portador é que avisa ao último endossante, dentro de dois dias, contados da data do instrumento do protesto, e cada endossatário, dentro de dois dias, contados do recebimento do aviso, àquele de quem houve o titulo, sob pena de responder por perdas e danos (Lei n. 2.044, art. 80). A praxe de intimarem os oficiais de protesto os endossantes e avalistas é extralegal.

Se o sacado faleceu, o protesto é como se não fOsse encontrado o sacado. Idem, se caiu em incapacidade e não tem curador.

Discute-se se é preciso o aviso aos avalistas. No direito uniforme, art. 40, sim. No direito brasileiro, a lei somente cogita dos endossantes.

8.FORMA E PROVA DO AVISO. O aviso é por carta, ou por telegrama, ou por telefone, ou frente a frente, oralmente. Também pode ser por interposta pessoa. O recibo da carta, ou do telegrama, não retira ao avisante o Ônus da prova do conteúdo.

4.EFICÁCIA DO PROTESTO E DO AVISO. O protesto é eficaz se dentro do prazo e válido. Fora do prazo, é ineficaz para evitar que falte o direito de regresso. O aviso não tira nem atribui eficácia ao protesto. O protesto é eficaz, tenha, ou não, havido o aviso. A falta do aviso apenas torna responsável por perdas e danos o que tinha o dever de avisar e não avisou.

§ 4.143. Ação executiva

1.Ação EXECUTIVA E PROTESTO. Para se propor ação executiva contra qualquer dos obrigados é preciso ter havido protesto. É de perguntar-se, também, contra o passador do cheque. O Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 27 de novembro de 1940 *(O D.,* 38, 428), entendeu que não é preciso o protesto.

2.MULTA E PAGAMENTO NO PROTESTO. No art. *79* da Lei n. 2.591, diz-se: "Aquêle que emitir cheque, sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ficará sujeito à multa de 10% sôbre o respectivo montante, além de outras penas em que possa incorrer". Se o sacado não paga, alegando não haver provisão, ou se paga parcialmente, por ser insuficiente a provisão, o portador pode protestar o título. Levanta-se a questão de se saber se o oficial do registo pode receber a quantia inserta no cheque, ou se tem de exigi-la com mais dez por cento. A lei brasileira nada diz quanto a quem e quanto ao tempo em que tem de ser paga essa multa. 3. X.

CARvALHO DE MENDONÇA *(Tratado,* V, Parte □

2 a, 505) entendia que à União tocava a multa, e não ao

portador; o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 20 de janeiro *(R.* E., 98, 880; *R. dos* 7"., 189, 528), e a 14 de julho de 1941 *(1?. dos* 7"., 183, 218), atribuiu ao portador o direito à multa, mas enquanto, no primeiro acórdão, o fêz independente da má fé do portador, exigiu, no segundo, que o possuidor estivesse de boa fé ao tempo da aquisição. Disse o acórdão de 20 de janeiro de 1941: "Se na data marcada no cheque o emitente, por qualquer motivo, não conseguiu fundos necessários em poder do sacado para pagamento do cheque, o tomador, que recebera o título *ciente* e *consciente* da inexistência de fundos disponíveis, não pode dizer-se lesado, iludido, ludibriado pelo emitente. Contra êste terá únicamente a ação cível e o direito de pedir a multa de 10%, de acOrdo com os têrmos legais". E o segundo, de 14 de julho: "A multa de 10%, mencionada no art. 79 da lei do cheque, constitui pena, a que os autores não têm direito, pois anuiram em que o cheque fOsse emitido, não obstante saberem que o sacador não tinha provisão em Caixa Econômica estadual. Coniventes na emissão do titulo, em têrmos tais, não é jurídico que os autores peçam a multa". Preliminarmente, ponhamos de lado o elemento interpretativo de ter havido emenda, que foi rejeitada. O fato da rejeição de emenda não é base para argumento a *contrario sensu.* Outro argumento invocado a favor da União é o de que se trata de contravenção, devendo a multa ser a favor da União. A Lei n. 2.591 não permite que se lhe veja outra regra jurídica de direito fiscal que a do art.

14. Os arts. 6.0 e 79 não são sObre contravenções penais. *Aliter,* as regras sObre duplicatas mercantis (Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1986, arts. 29-38). Os arts. 15 e 79 da Lei n. 2.591, combinados com o art. 29, parágrafo único, da Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, não permitem que o oficial exija do que intervém ou do obrigado que paga no protesto a multa de dez por cento. A própria ação penal, por ter ocorrido o crime do art. 171, § 29, VI, do Código Penal, inicia-se com a certidão do protesto, naturalmente provando-se, desde logo ou depois, que a recusa do sacado a pagar era fundada.

Legitimado à percepção da multa é o portador; e cada obrigado, que exerce o direito de regresso, pode exigir o quanto e a multa que pagou. Ao se chegar à ação do tomador contra o passador do cheque, pode êsse alegando a má fé em que estava o tomador excepcionar que se não pode aplicar a multa a favor do tomador. Se algum dos obrigados vai, desde logo, contra o passador do cheque, mas estava de má fé ao adquirir o cheque, a mesma exceção lhe pode opor o passador do cheque.

Assim, tem razão o acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de julho de 1941 *(R. dos 7*"., 138, 218), e não o de 20 de janeiro de 1941 *(R. E.,* 98, 880; *1?. dos 7*"., 180, 528).

1

8.SACADO QUE RETÉM O CHEQUE SEM PAGAR. Se o sacado, que tem de pagar o cheque, não no paga e deixa de restituir o título, cabe a prisão civil, que, ai, não é pela dívida, mas pela não-restituição do título pertencente a outrem e só entregue para ser pago. No Código de Processo Civil, o art. 782 estabeleceu: "A apreensão judicial do titulo não restituído ou sonegado, pelo emitente, sacado, ou aceitante, e a prisão daquele que, tendo-o recebido para firmar o aceite ou efetuar o pagamento, se recusar a entregá-lo, serão precedidas de prova da entrega do titulo". E o parágrafo único: "O juiz procederá de acOrdo com o disposto no art. 685, e, justificado o pedido, ordenará a apreensão do título e decretará a prisão". Se houve dolo, pode incidir a lei penal, tendo-se de exercer a ação penal (apropriação indébita).

No art. 784 do Código de Processo Civil, acrescenta-se:

"Havendo contestação do crédito, o depósito das importâncias referido no artigo antecedente não será levantado antes de passada em julgado a sentença". Finalmente, o art. 738: "Cessará a prisão: 1. Se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exibir para ser levado a depósito; II. Quando o requerente desistir; III. Não

sendo iniciada a ação penal dentro do prazo da lei; IV. Não sendo proferido o julgamento dentro de noventa (90> dias da data da execução do mandado".

4.ESTATUTO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO. O estatuto do cheque é que lhe regula o prazo de apresentação. A discussão sObre se é a lei do lugar da criação, ou da emissão, ou do pagamento, parte de falsa questão. O cheque, que A cria em Buenos Aires, contra o Banco Mercantil do Rio de Janeiro, ou outro banco brasileiro, é, todo, regido pela lei brasileira; o que A cria no Rio de Janeiro contra banco de Buenos Aires, ou outro banco argentino, é, todo, regido pela lei argentina. SOmente atos interestatais ou supraestatais poderiam estabelecer outra regra de competência legislativa dos Estados. Se o estatuto do cheque estabelece que incida a lei do lugar da criação, ou da emissão, ou do pagamento, tal regra é lei-conteúdo. O direito uniforme, art. 29, edictou:

"Le chêque émis et payable dans le même pays doit être présenté au paiement dans le délai de huit jours. Le chêque émis dans un autre pays que celui oú ii est payable doit être présenté dans un délai, soit de vingt jours, soit de soixante-dix jours, selon que le lieu d‟émission et le lieu de paiement se trouvent situés dans la même ou dans une autre partie du monde. A cet égard, les chêques émis dans un pays de l‟Europe et payables dans un pays riverain de la Méditerranée ou vice-versa sont considérés comme émis et payables dans la même partie du monde.

Le point de départ des délais susindiqués est le jour portá sur le chêque comme date «émission". De regra, o estatuto do cheque é a lei do lugar do pagamento.

5.CLÁUSULAS "SEM DESPESAS" E "SEM PROTESTO". Na Lei uniforme, o art. 48 permite as cláusulas

"sem despesas" e "sem protesto": „te tireur, un endosseur ou un avaliseur peut, par la clause "retour sans frais",

"sans protêt", ou toute autre clause équivalente, inscrite sur le titre et signée, dispenser le porteur, pour exercer ses recours, de faire établir un protêt ou une constatation équivalente. Cette clause ne dispense pas le porteur de la présentation du chêque dans le délai prescrit, ni des avis à donner. La preuve de l‟inobservation du délai incombe à celui qui s‟en prévaut contre le porteur. Si la clause est inscrite par le tireur, elie produit ses effets à l‟égard de tous les signataires; si elIe est

inscrite par un endosseur ou un avaliseur, elIe produit ses effets seulement à l‟égard de celui-ci. Si, malgré la clause inscrite par le tireur, le porteur fait établir le protêt ou la constatation équivalente, les frais en restent à sa charge. Quand la clause émane d‟un endosseur ou d‟un avaliseur, les frais du protêt ou de la constatation équivalente, s‟il est dressé un acte de cette nature, peuvent être recouvrés contre tous les signataires”.

No direito brasileiro, as duas cláusulas são proibidas, não entram no mundo jurídico (Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 44, 1h “a cláusula proibitiva do endOsso ou do protesto, a excludente da responsabilidade pelas despesas...

Lei n. 2.591, art. 15). No negócio subjacente, existe e vale a cláusula.

§ 4.144. Concurso de credores

1.PASSADOR DO CHEQUE, FALÊNCIA OU LIQUIDAÇÃO ExTRAJUDICIAL. Desde o momento em que ao passador do cheque foi decretada a liquidação extrajudicial ou a falência, não pode Me *emitir:* em conseqUência disso, ao servidor da posse ou ao portador de má fé ou ao próprio falido falta legitimação ativa; não recebe direitos quem é outorgado de quem não pode dispor dêles, nem os tem quem não os pode ter. Por outro lado, uma vez que a dação de um cheque é como a versão de moeda corrente, os pagamentos feitos com cheque são tratados como os pagamentos feitos com dinheiro de contado *(e. g.,* Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52, 1). Todavia, se o cheque foi endossado a outrem, ou foi à posse de outrem, por ser ao portador, que não tratou com o falido, não é atingido pelos efeitos da falência êsse possuIdor de boa fé *(e. g.,* houve antedata).

Desde o momento em que se decreta a liquidação extra-judicial do banco ou da casa bancária, ou em que se decreta a falência do comerciante, o banco, ou comerciante, contra quem se passou o cheque, deve recusar o pagamento, salvo em se tratando de depósitos populares cujo limite não exceda de dez mil cruzeiros (Decreto-lei n. 9.846, de 10 de junho de 1946, art. 22).

2.SACADO, FALÊNCIA OU LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Se foi decretada a liquidação extrajudicial do banco ou casa bancária, ou a falência do comerciante, contra quem se emitiu o cheque, o direito que ao portador nasceu em virtude do ato de disposição por parte do passador do cheque sofre a consequência de, na dimensão econômica,

o poder de dispor, que tem o depositário irregular, haver sacrificado o patrimônio em que se achava a sua provisão. O portador, quanto ao valor do cheque, como o depositante irregular, no que se refere ao resto da provisão, se o há, estão na categoria dos credores quirografários, salvo em se tratando de depósitos populares que não excedam de dez mil cruzeiros (Decreto-lei n. 9.846, de 10 de junho de 1946, art. 22). Os portadores de cheques têm de promover a declaração dos seus créditos, quer na liquidação extrajudicial dos bancos e casas bancárias (Decreto-lei n. 9.846, art. 16), quer nas falências dos comerciantes sacados (Decreto-lei n. 7.661, de 21

de junho de 1945, arts. 82-90). Se o cheque foi pago durante o período atingido pela decretação da falência (Decreto-lei n. 7.661, art. 14, parágrafo único, III), as açôes revocatórias dos arts. 52, 1, II e VI, e 58 do Decreto-lei n. 7.661, dirigem-se contra aquêles a quem aproveitou o pagamento, e não contra o possuidor do cheque, que de boa fé o recebeu. O que se há de levar em conta é a relação, subjacente, entre o passa-dor do cheque e o sacado.

O portador do cheque, salvo em caso de marcação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de junho de 1947, *R. dos T.,* 168, 540), não pode pedir a decretação da falência do sacado: nada lhe deve, se não paga. As falências, cuja decretação se pode pedir, são as do passador do cheque, dos endossantes e dos avalistas <5.a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14 de agôsto de 1926, *R. de D.,* 82, 182, *R. F.,* 47, 697). O passador do cheque, êsse, pode pedir a decretação da falência do sacado (Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de julho de 1986, *1?. de D.,* 128, 299, *R. F.,* 68, 119, *R. dos T.,* 107, 844).

§ 4.145. Apresentante e ato de apresentação

1.SERVIDOR DA POSSE E MANDATÁRIO. . Se o portador do cheque é servidor da posse do passador do cheque *(e. g.,* empregado de escritório ou motorista), ou se é mandatário do passa-dor do cheque, com a simples posse imediata, a oposição ao pagamento é no plano da posse, e implica ou contra-ordem ao servidor da posse ou ao mandatário, que o sacado transmite ao mesmo tempo que se recusa a pagar em virtude de contra-apresentação do possuidor (e não contra-ordem ou oposição do sacador, que Ale é), ou o portador, que o sacador afirma ser servidor da posse, ou mandatário, o nega, afirmando a sua posse, independente da esfera jurídica do sacador, caso em que o sacado deve exigir a prova ao sacador e ao portador. As

circunstâncias podem criar ao sacado o dever de não pagar, mas o seu dever, de ordinário, é o de pagar, salvo provocação da ação de amortização ou queixa do passador do cheque, em forma legal. Se o portador confessa que é servidor da posse, ou mandatário (o mandato é revogável, Código Civil, art. 1.816, 1), nenhuma dificuldade surge ao sacado: recebendo a ordem, deixa de pagar o cheque; o direito à provisão não cessara de pertencer ao passador do cheque, que reservou a posse, ou a posse mediata, podendo revogar o mandato e, pois, ainda à distância, retirar ao mandatário a posse imediata.

2.MEDIDAS CONSTRITIVAS CONTRA O PASSADOR DO CHEQUE.

Se alguém pede arresto, ou penhora dos fundos disponíveis, que fazem a provisão do passador de cheques, enquanto não se apresenta o cheque, ou não se apresentam os cheques, que se têm de pagar, pode ser feito o arresto, ou penhora. Mas, ciente da existência dos cheques, ou cheque, tem o sacado de comunicar ao juízo do arresto ou da penhora o que lhe foi comunicado. O portador é, *desde a data do cheque,* terceiro para opor os seus embargos de terceiro (Código de Processo Civil, arts. 707-711). Se o cheque já foi apresentado n outro banco, para depósito do valor, e disso teve ciência o ba ± ro sacado, pode êsse, se já é tempo de se ter operado a compensação, alegar que não mais tem a provisão ou a parte de provisão correspondente a êsse cheque, convindo explicá-lo ao juízo da medida assecuratória ou executiva. Noutros sistemas jurídicos, há soluções diferentes; porém a que demos é a única que se pode defender diante do art. 89 da Lei n. 2.591. A concepção de direito à provisão que pode ser atingido pela medida constritiva decretada contra o passador do cheque ou cai em contradição flagrante, ou tem de ser entendida como enunciadora de possível constrição se e enquanto o direito à provisão não é alegado e provado pelo portador. A situação é semelhante, porém não idêntica, *à* que se cria quando o passador de cheques excede o quanto da provisão. Assim como a falta de provisão não exime o sacador de ser executado pelo cheque, assim o credor do passador do cheque não pode pretender que o seu crédito passe à frente do direito à provisão, que tem, pelo art. 89 da Lei n. 2.591, o portador, desde a data. A cognição judicial tem de colhêr o que em verdade ocorreu e não pode deixar de aplicar regra jurídica que incidiu, a do art.

8.0 da Lei n. 2.591. Qualquer eficácia da medida constritiva é se e enquanto não se declara o direito do portador do cheque, ou não se desconstitui a relação jurídica de que êle surgiu.

Se o direito à provisão, constante do cheque, não foi transferido, *e. g.*,

se alguém o recebeu em endôsso-mandato, ou em endôsso-pignoratício, ou para cobrança, ou para receber a quantia e entregá-la a outrem, há reivindicação na falência (Tribunal de Justiça de São Paulo, a 1.0 de junho de 1914, R. *dos 2*‟., 10, 107; 2.~ Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 11 de julho de 1922, *1?.* 9., 40, 884; Côrte de Apelação do Distrito Federal, 10 de abril de 1928, *R. do S. T. F.,* 54, 432:

"Na falência de quem recebera, a título de depósito, um cheque visado, pode êste ser reivindicado, e, se não existe mais em poder do falido, deve ser restituida a importância equivalente"; 8 de janeiro de 1925, 82, 8: "Acordam em receber os mesmos embargos, para, reformando o acórdão embargado, restaurar a sentença de primeira instância, que julgou procedente a reivindicação e condenou a ré, ora embargada, a restituir a quantia pedida pe1

os reivindicantes ou seu equivalente em moeda nacional, s‟~ câmbio do dia da falência, porquanto, embora o dinheiro tenha saído da conta corrente que os autores tinham com a ré, emitido o título em questão, inovaram êles as suas relações anteriores, tratando-se, portanto, na hipótese, de entrega de dinheiro *à* embargada para pagamento em outra praça, o que constitui mandato"; cp. Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de abril de 1929, *R.*

*dos 2*‟., 70, 592: "O cheque emitido por um banco para pagamento de certa soma, que lhe fôra entregue para êsse fim, é título privilegiado e deve figurar como crédito reivindicante. Inúmeras são as decisões a respeito. Dá-se, nesse caso, um verdadeiro mandato, e falido o mandatário, que é o banco, o dono do dinheiro, que é o mandante, tem o direito de reivindicação. Haja vista a opinião de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, VIII, 278. A hipótese dos autos, porém, é outra:

trata-se de um cheque visado, mas isso não tem a fôrça de um depósito regular, e assim não pode ser reivindicado na falência.

O agravante diz que, visado o cheque, o Banco aceitou e atestou a provisão de fundos. Mas é de considerar que o visto nêle lançado não tem outro efeito que o de resguardar o direito do portador contra o passador dêle"; Côrte de Apelação do Distrito Federal, 11 de maio de 1987, 1?. *F.,* 71, 81: "A espécie *é* de reivindicação *in penere,* de que fala CARvALHO DE MENDONÇA, no seu *Tratado de Direita Comercial Brasileiro,* e tem fundamento no art.

138, princípio, da Lei de Falências. Evidentemente, não se trata de

reivindicação de soma em dinheiro em poder do falido, a título de depósito regular, nem, também, de um depósito em conta corrente de natureza quirografária, em que o depositante conserva, apenas, o poder jurídico de dispor, em qualquer tempo, de tôda ou parte da soma entregue, mas que, incorporada ainda ao patrimônio do estabelecimento bancário, dela dispóe êle livremente. No caso dos autos, em frente da Lei n. 2.591, de 1912, art. 1.0, § 2.~, visados como foram os cheques pelo Banco falido, êste tornou-se mero detentor do dinheiro sacado, desprendendo-se êle de seu patrimônio para integrar-se, para logo, no do portador, como coisa de sua propriedade em poder de outrem. É o depósito em custódia, a que se refere CARVALHO DE MENDONÇA no § 1.488, pág. 100, do vol. VI do seu citado *Tratado,* e como tal reivindicável nos têrmos do art. 188 da Lei de Falências".

O *visto* do cheque retira da. conta corrente ou outro depósito irregular o que consta do cheque. Não só atesta que há fundos. Póe de parte, em depósito regular, a quantia. Tal é a solução que a prática, no direito brasileiro, assentou.

## Parte V. Destinação do Cheque

## ESPÉCIES DE CHEQUES

### § 4.146. Destinação do cheque

1.CHEQUES DE VIAGEM. O cheque de viagem, ou *traveller*"*s cheque,* é de maior carga de representatividade que os cheques comuns e os cheques circulares. Nos cheques de viagem, o saque é sôbre qualquer das agências, ou correspondentes, cuja lista se entrega ao cliente ou consta do talão; a quantia entregue ao banco é igual à soma do valor de todos os cheques; há duas assinaturas do dono do talão, uma, aposta em todos os cheques, e outra, quando êle *termina* a criação do cheque. Tem-se aí, evidentemente, antecipação parcial da criação do cheque: há dois tempos, a que correspondem as duas assinaturas. Com isso, quem viaja se livra de furtos, ou apropriações indébitas do talão, ou de algum cheque.

No momento de assinar, ou antes, ou depois, tem o beneficiário de apor o nome de quem há de pagar o cheque.

Alguns negociantes de hotéis ou bancos não indicados aceitam que se aponha o seu nome e reclamam ao banco sacado a quantia. A analogia com a letra de câmbio foi apontada; bem assim, com a nota promissória, porque o verdadeiro emitente é o banco sacado, mas tal opinião tem contra si que há algo de complemento do saque pelo dono do talão e meio-saque pelo banco, contra as agências ou correspondentes indicados. A analogia com a letra de câmbio é de se repelir. A outra, com a carta de crédito circular, corroboraria a diferença entre o cheque de viagem e o cheque, como se apagasse a diferença entre a carta de crédito circular e a letra de câmbio a mais de um sacado.

Por outro lado, a carta de crédito não é título negociável. O cheque de viagem é cheque. Se um dos indicados não no paga, cabem o protesto e a ação executiva. A provisão pertence ao portador e nisso êle se distingue do cheque comum, pelo qual se transfere o direito à provisão, e mais ainda da letra de câmbio, que é apenas promessa de ato de outrem.

2.ASSINAÇÃO CIRCULAR. A lei brasileira não tratou dos *cheques circulares,* que o banco cria em grande número, com descontabilidade em qualquer dos lugares indicados, ou, mesmo, pagamento. A figura é intercalar entre o cheque e o bilhete de banco, e não, como pareceu a J. BOUTERON *(Le CJLê que,* 160), entre o cheque e o bilhete à ordem. Cresce, nêles, o elemento pluralidade de sacados, e não o elemento título de crédito. Tanto mais quanto: a nota promissória é a prazo, o cheque, à vista; o estabelecimento que paga pode não ser o mesmo que criou o cheque circular, o que mais o aproxima do cheque comum. Os cheques circulares podem ser usados no Brasil: basta que sejam indicados como sacados agências do passador do cheque, ou outros sacados, em diferentes lugares.

o *asse gno ciroolare.*

O *asse gno circolare* é criação italiana. Fruto do século (XX). Diferenciou-se do cheque, como o cheque se diferenciara da letra de câmbio. Um, oriundo do capitalismo britânico; outro, do capitalismo italiano. O instituto italiano concorreu com os vales privilegiados e levou ao povo, que se não acostumara ao cheque, o título com a responsabilidade do banco, vestido à maneira da assinação bancária, e de vida mais longa que a do cheque. Os clientes tinham a impressão de comprar cheques circulares, e não de depositar e criar cheques. Começaram os bancos por um “visto”. Ninguém imaginaria que se chegasse, com isso, à Lei italiana de 14 de dezembro de 1933, art. 83. O visto foi a crisálida, em verdade exerceu papel paralelo à aceitação

da letra de câmbio, foi a forma incipiente da responsabilidade pelo pagamento à vista, de que o cheque carecia e carece. O adjetivo "circular" aludiu à pagabilidade em qualquer sucursal ou representante, ou correspondente. O Decreto-lei italiano de 7 de outubro de 1923 disciplinou o cheque circular. Mas a questão central ficou irresolvida pela letra da lei: ~ A ação contra o sacador é, ou não, ação de regresso?

## § 4.147. Cheque cruzado

1.ORIGENS DO CRUZAMENTO NOS CHEQUES. Em 1770,

com a fundação da Câmara de Compensação de Londres, começaram os órgãos ou procuradores dos bancos a escrever nos cheques o nome dos empregados com que os órg,ãos~ da Câmara podiam fazer as compensações.

Nasceu, portanto, o cruzamento para fins posteriores à vida circulatória do cheque. O uso alastrou-se. Todavia, o tomador tinha a faculdade de escrever outro nome, o que deu ensejo a cruzamentos sucessivos, até que se adotou o "and Co.", que permitia, além daquele cruzamento especial, o cruzamento geral. Em 1828, a justiça assentou que o cruzamento não responsabilizava ao sacado. A primeira lei sôbre *crossing* foi edictada em 1856, atribuindo-se-lhe o ser ordem ao sacado para que somente pague a certo banqueiro, ou por intermédio dêle. Já em 1857, a justiça <Simonds *versus* Taylor) reconhecia o direito de se cancelar o cruzamento. A lei de 1858 estatuiu a) que o cruzamento se insere no cheque como tal *C*= = faz parte do cheque), b) que a destruição dolosa é crime de falsidade, *c)* que o possuidor do cheque tem direito de riscá-lo, ou de transformar o cruzamento geral em cruzamento especial. O *Crossed Cheques Ãct* (1876), que se lhe seguiu tornou responsável o sacado ao legitimo possuidor, em caso de pagamento contràriamente ao cruzamento e criou a cláusula *not negotiable,* que torna inendossável o cheque, mas permite a cessão, e pela cessão só se transfere o direito que se tem (cf. *Rilis ol Exchange Act* de 1882, art. 81). O art. 82 do *Bula of Exchange Ad* estabeleceu a irresponsabilidade do banco que recebeu, de boa fé e sem negligência, o cheque cruzado geral ou especialmente em seu nome, perante o possuidor legítimo. Mais tarde se pôs claro que se considera pagamento do cheque cruzado o lançamento pelo banco recebedor, na conta do cliente, ainda que não tenha abatido o pagamento ao sacador. Em 1889, o Código Comercial argentino (art. 820) fêz a não-endossabilidade do cheque cruzado em branco, não consequência

necessária do cruzamento (cp. art. 826), mas pressuposto formal ("Escruzado en general un cheque cuando Ileva líneas paralelas transversales, con las palabras no negociable"~). No cheque cruzado em prêto, a cláusula funciona como restritiva da circulabilidade. Disse o art. 826: "Un tenedor de un cheque ya cruzado, especialmente, puede agregar las palabras: no negociable. Estas palabras significan entonces que quien recibe dicho cheque no tiene ni puede transmitir más derechos sobre eI mismo que los tenia quien lo entrego 2.DIREITo BRASILEIRO. A Lei n. 2.591, art. 12, estabelece: "O cheque cruzado, isto é, atravessado por dois traços paralelos, só pode ser pago a um banco; e se o cruzamento contiver o nome de um banco, só a êste poderá ser feito o pagamento". Temos aí o cruzamento geral e o especial. Se o sacado, apesar do cruzamento geral, paga o cheque a pessoa que não é banqueiro, isto é, a comerciante, ou a outra pessoa, não paga justificadamente, portanto trata-se de pagamento injustificado. Se o cruzamento é especial o sacado paga a alguém que não é o banco indicado, paga injustificadamente.

3.CONCEITO DE CRUZAMENTO. O cruzamento é a declaração de vontade pela qual é indicado quem pode receber o cheque, de modo que o sacado e o público se têm de ater ao cruzamento. Podem cruzar o passador do cheque, o tomador e os possuidores legitimados, quer em geral (em branco), quer especialmente (em prêto). O

cheque cruzado em geral pode ser transformado em cheque cruzado especialmente, mas o cruzamento especial não se pode tornar geral. A declaração de vontade, que há no cruzamento, é inatingível por declarações de vontade posteriores: a declaração de vontade, no cruzamento especial (somente a A), não atinge a declaração de vontade, no cruzamento geral (somente à classe A, inclusive A), ao passo que permitir o pagamento a 8, C, ..., que compõem a classe A, em que está A, seria atingir a declaração de vontade, no cruzamento especial (somente a A).

O cheque cruzado geralmente ou especialmente é negociável. Nem temos a inegociabilidade conseqUência; nem a inegociabilidade pressuposto do cruzamento, à inglêsa e à argentina. O cheque cruzado, ainda em prêto, pode circular pela tradição, ou pelo endOsso, ainda em branco, de modo que a efi cácia do cruzamento é só para o pagamento, quando se precisa de banco, ou de certo banco, para se receber o cheque. A cláusula não-negociável seria inexistente (= não-escrita). Qualquer cheque, nominativo, à ordem, ou ao portador, pode ser cruzado. Qualquer espécie mantém a sua circulabilidade, indiferente à aparição do cruzamento. Entendia Tím FULGÉNCIO *(Do*

*Cheque,* 138) que se haviam de excluir da cruzabilidade os cheques nominativos e os cheques ao portador. Sem razão; a recepção pelo banco não supõe endOsso; nem, sequer, endôsso para cobrança (THIERS VELOSO, *Do Cheque,* 242).

O cheque deve ser cruzado a tinta, mas o cruzamento Impresso não é de afastar-se. Não há uso de cruzamento a lápis, pôsto que o lápis-tinta, se inapagável com borracha de lápis, baste. Em todo caso, se o portador apresenta ao sacado o cheque cruzado a lápis, tem êsse de reclamar explicaçoe s e, se lhe parece que se quis cruzar o cheque, exigir que lhe venha por intermédio de banco, máxime se especial o cruzamento. Se alguém cruzou o cheque a lápis, geral ou especialmente, e lhe apaga o cruzamento, há de ter o tratamento que teria quem escrevesse alguma ordem, ou procuração, em papel que se deteriore, ou quem enviasse carta com declaração de vontade e essa, por impropriedade do meio de transporte, se perdesse ou destruísse. A exigência da tinta indelével é fora de tôda a medida; a lei não no disse, nem se pode, interpretando-a, chegar até aí.

No direito francês (Lei de 14 de junho de 1865, art. 8.~), só se admitia o cruzamento se banqueiro, ou agente de câmbio, o sacado. Tal regra não existe no direito brasileiro; no direito francês, não mais aparece, nem no direito uniforme.

O cruzamento não exclui que o banco indicado, em geral ou em especial, pague de contado o cheque. O

lançamento em conta e o pagamento de contado são a líbito do banco geral ou especialmente indicado. Entra-se, ai, em terreno estranho ao cheque, a autonomia de vontade do banco está em causa, não após êle assinatura no cheque, *talvez* não tenha havido entre êle e o passador do cheque, ou possuidor, que cruzou o cheque, qualquer negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Se a lei estabelecesse que o banco tivesse de lançar em conta do portador, em vez de prestar em dinheiro de contado o valor do cheque, pré-excluiria da parte do banco receptor a sua apreciação sôbre a legitimidade do possuidor e a confiança que êsse merece ou que merece o sacado. t preciso não nos escape que o negócio jurídico que há de existir, antes do pagamento, entre o passador do cheque ou o possuidor, que cruzou o cheque, ou, ao tempo do pagamento, entre o legitimado ao pagamento e o banco receptor, é estranho ao cheque.

Ocruzamento especial só se admite uma vez. Já se precisou que só se pagasse por intermédio de A. Se não se pode transformar o

cruzamento especial em cruzamento geral, a .1 *ortiori* não se pode transformar o cruzamento especial a A em cruzamento especial a B, o que seria substituição.

Não se pode cruzar especialmente a A ou B, alternativamente; mas pode ser a A e B, ou A, B e C, entendendo-se que um dos bancos tem de ser escolhido para o recebimento no banco sacado. Se não chegam à escolha, cabe ao portador legitimado pedir o depósito judicial da quantia, para que o juiz designe o banco que há de receber. (A interpretação da Lei n. 2.591, art. 12, *verbis* "o nome de um banco", que lhe atribui só se permitir o cruzamento a A, e nunca a A e B, ou A, B e C, é de repelir-se. O defeito da lei é a francesia do "um", com que se tem semeado a escrita portuguêsa.)

Ocruzamento especial pode conter o nome do sacado. Tem-se dito que a lei não permite que se insira no cheque cruzado, como banco indicado, o banco sacado, porque seria incumbi-lo de receber de si mesmo. 0 argumento revela parca ciência jurídica, ao mesmo tempo que desatende ao fato vulgaríssimo de se criar o cheque e entregar-se ao banco para que credite noutra conta do passador do cheque, ou na mesma *(e. g.,* A tem consigo cheque de E e precisa pagar a E, depositando na conta corrente de E: leva o cheque ao banco para se depositar na conta de E). Há apenas *abreviarão proposicional* de duas operacões: depositar e pagar. O cheque cruzado em que se lança o nome do sacado como legitimado à recepção é cheque em que o sacado recebe, antes da apresentação para pagamento, a incumbência de creditar ao possuidor legitimado ao pagamento, ou pagar-lhe desde logo. No direito uniforme, art. 38, alínea □

2 a, prevê-se o cruzamento com nome do sacado: "Un chêque à barrement apécial ne peut être payé par le tiré qu"au banquier designé, ou, si celui-ci est le tiré, qu"à son client". Se o possuidor legitimado não tem conta corrente no banco, tem, antes, de abri-la para que possa *receber* o cheque em vez de o pagar desde logo.

4.INCANCELABILIDADE Do CRUZAMENTO. O direito brasileiro não permite que se cancele o cruzamento.

Em têrmos científicos: o cancelamento do cheque (por borrão, risco, ou declaração de vontade cancelativa expressa) não entra no□ mundo jurídico; é ato inexistente. Não se diga que invalida o cheque, ou que o destrói como cheque (= passa a ser não -cheque). Se permaneceu visível a declaração de vontade de cruzamento, isto é, se se sabe que o cruzamento foi geral, ou ao banco tal, o que se tem por inexistente é o

cancelamento (Lei n. 2.044, art. 44, IV; Lei n. 2.591, art. 15), e não o cruzamento, a *fortiori* o cheque mesmo. Tanto mais quanto o sacado está adstrito ao art. ~ 2.~ parte, da Lei n. 2.591:

"O sacado.., poderá pedir explicações ou garantia para pagar o cheque mutilado ou partido, ou que tiver borrões, emendas. ou data suspeita".

5.LEGITIMAÇÃO PARA À RECEPÇÃO. Indicado o banco, ou indicados os bancos, ou cruzado em geral o cheque, é legitimado a receber o cheque cruzado o indicado, ou o seu procurador com podêres especiais e expressos para receber cheques cruzados. Os correspondentes sem tais podêres especiais e expressos não podem receber pelo banco. Não são filiais, nem agências. (Quando, em 1922, publicamos no *Ausiandsrecht,* 121-133, 158-163, o artigo Uberwachung der Banken, cartas chegaram-nos que demonstravam certa curiosidade pela extensão de podêres dos correspondentes dos bancos brasileiros, que não constavam da lei. O Decreto-lei n.

1.871, de 14 de dezembro de 1989, no art. 29, estabeleceu: "Fica sujeito ao sêlo adicional de quinhentos mil-réis (500$000), o banco, casa ou agência bancária, que destacar empregado seu, como correspondente especial, para localidade diversa daquela em que tem sede, ou, nas mesmas circunstâncias, instalar escritório que não tenha mais de dois empregados". No § 1.0: "0 sêlo de que trata o presente artigo será pago por verba, no próprio de autorização para funcionamento do banco, casa bancária ou agência, sob cuja imediata dependência estiver o correspondente ou escritório". E no § 2.0: "Para a nomeação do correspondente especial ou instalação de escritório, nos têrmos dêste artigo, é suficiente que o banco requeira à Diretoria das Rendas Internas a expedição de guia para pagamento do sêlo mediante anotação na própria carta-patente da agência, sob cuja dependência estiver o correspondente ou o escritório". tsse correspondente especial é empregado do banco, porém não tem podêres para receber cheques cruzados e os pagar, ou lançar na conta do portador a quantia (absolutamente sem razão,

C.F. DA CUNHA PEIxOTO, *O Cheque,* 195).

A agência ou filial pode ser indicada como receptor, não tem, contudo, podêres para receber os cheques em que foi indicada a matriz (ou vice-versa), *salvo podéres especiais e expressos.*

6.DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE E CRUZAMENTO DE CHEQUE. Os "dois traços paralelos", de que fala a Lei n. 2.591, art.

12, são declaração chéquica de vontade. Supóe tal declaração que alguém, que os lançou, era possuidor do cheque. Por ela, cria-se *adiectus solutionis gratia,* porém que de maneira nenhuma seria o *adiectus solutionis gratia* do direito romano, como pareceu a E. THALLER, em 1919: o sacado não tem a alternação de pagar ao adjeto ou ao portador, somente há de pagar ao adjeto. P. DANIS *(Lo Chê que barré,* 27 s.) afastou que se considerasse o cruzamento espécie de endôsso, ou endôsso irregular; porquanto: ao cruzamento podem seguir endossos e tem êle efeitos vinculativos antes de ter de ser apresentado o cheque; endôsso que sobrevivesse à posse dos novos possuidores seria absurdo. Daí ter recorrido à categoria da domiciliação, o que é de repelir-se liminarmente, pois o banco intercalar não é, de modo nenhum, domiciliatário do cheque.

O *adiectus solutionis gratia* surgia de negócio jurídico bilateral entre o credor e o devedor; o cruzamento é declaraçáo unilateral de vontade. A *adiet, tio* era revogável; o cruzamento não no é.

Poder-se-ia comparar o cruzamento com a exigência de serem por intermédio de corretores públicos certos negócios jurídicos. Mas, ali, é efeito de declaração unilateral de vontade, e, aqui, da incidência da lei cogente.

Tem-se visto no cruzamento mandato. Mandato a classe de pessoas: bancos; ou a um, ou mais bancos, designados no cheque. Mandato que somente à entrega ao banco é aceito ou recusado. Se o banco, seguro da posse do portador, paga o cheque, contra-ofertou e o portador aceitou: não houve mandato. Todavia, se o sacado deseja marcar o cheque, ao banco intercalar faltam podêres para isso: não pode aceitar novação, nem dação em soluto, nem marcação. Se exibir recibo do portador, o sacado tem de admitir que o banco intercalar se adiantou a êle.

7.CRUZAMENTO E ACÕRDO SOBRE CRUZAMENTO. É preciso não se confundam o acôrdo sObre cruzamento, negócio jurídico subjacente, e o cruzamento, declaração chéquica de vontade. A pessoa que tem provisão pode comunicar ao futuro sacado que somente vai criar os cheques cruzados; o sacado, que esteja de acôrdo com essa restrição à autonomia da vontade do que tem provisão, entra em negócio jurídico bilateral sObre cruzamento, de que lhe nascem deveres e obrigações do credor ao devedor e vice-versa. Porém êsse negócio jurídico é subjacente e de modo nenhum pode alterar a circulabilidade e o regime jurídico cambiariforme do cheque. Só o cruzamento, declaração chéquica de vontade, se pode refletir na circulabilidade e

no regime jurídico. Se alguém, A, tem negócio jurídico com B, de que resulte ter de pagar a B com cheque, (a) pode A estipular ou pode E estipular que o cheque seja cruzado, ou *(b), s"ponte sua,* cruzá-lo. O acôrdo (a) é acOrdo sObre cruzamento. Em (b), não há acOrdo, com dever de cruzar, cujo adimplemento dependa do dador do cheque; há declaração unilateral, chéquica, de cruzamento.

A exigência de que o cheque a ser dado há de ter cruzamento especial atende a sugestões práticas; algumas vêzes, o que o tem de receber indica o nome do banco intercalar. Além das vantagens, para se evitarem conseqUências de roubos, furtos e outros atos ilícitos, há as de ter o recebedor do cheque o crédito imediato do montante na sua conta. Talvez mesmo, ao lado do acOrdo sôbre cruzamento, haja o de entrega direta ao banco, mandatário do credor, ou de entrega para se lançar na conta corrente.

8. EFICÁCIA DO CRUZAMENTO. Se o cruzamento é geral, o portador tem de procurar banco para que êsse apresente o cheque ao sacado. Não pode fazê-lo diretamente. Se o sacado paga ao portador, sem se intercalar banco, e não era possuidor legítimo o portador, fica sujeito a pagar ao legítimo portador, que, com a decisão judicial sObre a sua posse, tem a ação executiva, ou a tem com o título proveniente da amortização. O banqueiro, que apresenta o cheque, tem de estar seguro da legitimação do portador; porque, com a apresentação, assume os riscos que pesariam sObre o sacado. Se o portador foi culpado de ter o banco confiado na legitimação, contra êle tem o banco ação de indenização pelo ato ilícito absoluto, compreendidos danos materiais e morais; se verteu alguma parte da quantia, ou tOda ela, como adiantamento, a responsabilidade do portador é por ato ilícito relativo, além de ter de indenizar pelo ato ilícito absoluto.

O banco intercalar cobra, de ordinário, comissão; mas há bancos que não na exigem, como ato de rotina nos serviços das contas correntes.

Se é levado a protesto algum cheque cruzado em geral, tem o oficial de verificar se foi banco que o apresentou ao sacado. Se não foi banco, o sacado não devia pagar, porquanto não houve apresentação regular. Se foi banco que apresentou o cheque, o oficial, que recebe a quantia, tem de entregá-la ao banco, que apresentou o cheque, e não ao portador.

Se o sacado paga o cheque, sem que o banco lho haja apresentado, o pagamento é eficaz; apenas o sacado assume a responsabilidade em caso de ter errado na apreciação de legitimação do portador.

O cruzamento especial tem por fim pré-excluir a apresentação por outros bancos, que poderiam ser condescendentes ou demasiado condescendentes com os portadores de má fé.

O portador seleciona o banco, ou os bancos, conforme a confiança que lhe inspiram, ou porque nêle, ou nêles, tem a sua conta corrente, ou a sua conta corrente mais movimentada. ou maior, ou por outro motivo.

Se o sacado pagou o cheque cruzado, sem ser reclamado por banqueiro, ou pelo banqueiro, ou por um dos banqueiros designados, conforme foi geral ou especial o cruzamento, a sua responsabilidade é perante o passador do cheque, os endossantes, os avalistas e o legitimado como portador do cheque. Pago a quem não podia receber, não pode alegar que o sacado, no cheque, não se ligou ao título; o ato de pagar, com infração do regime do cheque, de certo modô se inseriu na circulação do título, acumpliciando-se, contra a lei (Lei n. 2.591, art. 12), com o portador de má fé. Quando lhe chegue a intimação para não pagar (Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art.

86), não lhe adianta alegar que já pagou, e deve depositar, judicialmente, a quantia, entregando ao juiz o cheque em seu poder (cf. Lei n. 2.044, art. 86, § 5.o).

Quando o banco intercalar recebe cheque cruzado, entende-se, se o cruzamento foi geral, que o recebeu para apresentar. Todavia, tal presunção pode ser pré-elidida pela ressalva da responsabilidade do banco, se êsse exige do portador que a aceite, ou se há negócio jurídico que seja incompatível com essa atribuição.

~ O sacado e o banco intercalar, que não cumprem o que lhes incumbe, respondem sOmente até a concorrência do montante do cheque? Na Lei uniforme, art. 88, alínea □

5 a, diz-se:

“Le tiré ou le banquier qui n‟observe pas les dispositions ci-dessus, est responsable du préjudice jusqu‟à concurrence du montant du chêque”. O banco que se incumbe de apresentar o cheque, sem se tratar de portador, que lhe mereça fé, ou de outro banco, e o sacado, que paga, sem ter havido a apresentação devida, respondem, em direito brasileiro, pela importâneia do cheque *meis* os prejuízos.

9.SUPREssÃo DO CRUZAMENTO. Quem suprime o cruzamento geral, ou especial do cheque, obra iflcitamente, pois que atinge, com o seu ato, a esfera jurídica de quem cruzou o cheque, ou dêle e daqueles que

o houveram com o cruzamento. Se o sacado tem conhecimento da supressão, antes de lhe ser apresentado o cheque, deve depositar judicialmente a quantia, ou exigir garantia ao portador (Lei n. 2.591, art. 10).

O próprio autor do cruzamento não o pode destruir, ainda que por meio de declaração contrária, de vontade, escrita no cheque.

A supressão do nome do banco, ou de algum banco, ou de todos os bancos designados no cheque, não torna geral o cruzamento especial. O cheque continua de existir e valer. A dúvida é apenas sObre quem o há de apresentar.

Ao portador, que não obtém pagamento pelo sacado, só lhe resta pedir à justiça que, depositado o quanto constante do cheque, seja declarada a relação jurídica em que, respeito ao cheque, é êle o possuidor legítimo (ação declaratória do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

No direito francês, J. BOUTERON *(Le Chê que,* 316) admitiu que o cruzamento do cheque possa ser suprimido pelo passador do cheque. Contra isso, 3. VALÉRY *(Des Chêques,* 211). Só se há de admitir a supressão do cruzamento pelo passador do cheque se o portador é êle mesmo, conforme a opinião do *Committee ot London, Clearing Rankers,* a 7 de novembro de 1912; porém o sacado assume a responsabilidade de ser verdadeira a firma do passador do cheque, na declaração cancelativa de vontade, bem como perante o verdadeiro possuidor do cheque.

10.PLURALIDADE DE CRUZAMENTO. O cruzamento do cheque pelo passador do cheque exclui a faculdade de cruzamento que têm os portadores. Pode ocorrer, porém, pluralidade de cruzamentos. Cumpre que se não confundam o cruzamento especial com indicação de dois ou mais bancos <unidade de cruzamento e pluralidade de bancos indicados) e os cruzamentos plurais (pluralidade de cruzamentos, com ou sem pluralidade de indicações). Se o cheque contém dois ou mais cruzainentos, o sacado somente pode pagar o cheque se os cruzamentos indicam o mesmo banco, ou se um é geral e outro especial e o banco indicado especialmente o apresenta. No direito uniforme, o art. 38, alínea 4~R, estatui: “Un chêque portant plusieurs barremr~z~ts

.~$çiaa~x, n~ >j~e~t être payé par le tiré que dans le cas ou ii

s“agit de deux barrements dont l“un pour encaissemént par une chambre de compensation”. Se o regulamento da Câmara de Compen~ação o permitir, o sacado pode

pagar o cheque; enquanto o não permita, terá o portador de proceder como dissemos a propósito dos cruzamentos suprimidos.

11.LIQUIDAÇÃO DO BANCO INTERCALAR. Se foi deferido o pedido de liquidação do banco (Decreto n.

19.479, de 12 de dezembro de 1930, art. 59; Decreto n. 19.634, de 28 de janeiro de 1931, art. 1.0) que teria de apresentar o cheque, pode o portador retirá-lo, se ainda não foi recebido, salvo se foi lançado na conta corrente do portador por ocasião da entrega. Se ainda não o entregou ao banco, seria arriscado confiá-lo ao banco em liquidação, ou cuja liquidação foi pedida. Como o sacado pode não querer pagá-lo, tem o portador de obter do passador do cheque outro cheque, em troca do que contém o cruzamento, ou pedir ao juiz que intime o sacador do depósito judicial, procedendo-se à justificação do fato de liquidação e ao levantamento, de acOrdo com a lei processual.

## MARCAÇÃO E VISTO DO CHEQUE

### § 4.148. Conceito e espécies de cheque com marcação

1.CHEQUE MARCADO. No art. 11 da Lei n. 2.591, diz-se: “Se o portador consentir que o sacado marque o cheque para certo dia, exonera todos os outros responsáveis”. O cheque tem de ser pago à vista. Se não foi pago à apresentação, tem o portador de levá-lo a protesto para se assegurar a ação regressiva contra os endossantes e avalistas (Lei n. 2.591, art. 59, alínea 1a) e para evitar a incidência do art. 59, alínea 2~a Tudo se passa como a respeito da letra de câmbio à vista, tratando-se de endossantes e avalistas. O art. 59, alínea 23, é estranho ao direito cambiário e à duplicata mercantil. O cheque é título a que se não pode apor aceite; mas a Lei n. 2.591

permite a marcação, o *marking* inglês, que o pensamento brasileiro pôs nas relações não interbancárias. O cheque marcado inglês funcionou como o despacho dos juizes brasileiros nas petições após a saída dos juizes competentes, ou nas petições levadas à casa do juiz. Se já era

tarde para se levar o cheque à Câmara de Compensação, o sacado marcava-o, com a palavra *good* aposta no anverso do cheque, e estava o titulo com prioridade no dia imediato. O cheque certificado de Nova Torque e outros Estados-membros importa responsabilidade do sacado certificante pela provisão. A marcação é confundida, vulgarmente, no Brasil, com o

"visto". Contra ela insurgem-se todos os que recebem, sem raciocinar, o que aos juristas europeus parece melhor.

A argumentação contra a marcação e contra o visto é tOda baseada no que é o cheque *antes* da apresentação e em que o sacado deve pagar o cheque, e não pôr-lhe,

§ 4.148. MARCAÇÃO DO CHEQUE apenas, *visto.* Seria transformá-lo em título de crédito, desnaturando-o. Na Lei uniforme, o art. 4 estatuiu: "Le chêque ne peut pas être accepté. Une mention d‟acceptation portée sur le chêque est réputée non écrite". Nas Resoluções da Haia, art. 11, acrescentava-se: "Est reservée aux États contractants la faculté d‟admettre l‟acceptation, le certificat ou le visa d‟un chêque et d‟en régler les effets". A Convenção de Genebra suprimiu-o, no texto, mas o art. 6 da Reserva estabeleceu:

"Chacune des Hautes Parties contractantes a la faculté d‟admettre que le tiré inscrive sur le chêque une mention de certication, confirmation, visa ou autre déclaration équivalente, pourvu que cette déclaration n‟ait pas l‟effet d‟une acceptation, et d‟en rég.ler les effets juridiques". O texto revela que se não mais confundiram na mesma proscrição a aceitação e a declaração de vontade extrachéquica, portanto sem qualquer referência às declarações unilaterais do cheque, que o sacado faz ao portador, *de acOrdo com Osse.*

Com o visto, o cheque perde a natureza cambiariforme, passa a ser título de crédito contra o sacado, apagado todo o seu passado cambiariforme. Nenhuma pretensão ou ação tem mais, contra o passador do cheque, endossantes e avalistas, o portador; a relação jurídica, que se cria com a marcação, é entre o portador e o sacado. O acOrdo para o visto e assunção de divida por parte do sacado. Como o passado cambiariforme se desfez, o cheque visado não é mais suscetível de aval ou de endOsso. Se alguém disse avalizar, ou apôs assinatura como aval, apenas prestou fiança ao sacado. Se o portador disse endossá-lo, ou lançou a assinatura como de endossante, tal endOsso somente tem eficácia de cessão civil (Lei n. 2.044, art. 8.0, § 2.0), porque já se deu o vencimento.

No Brasil, não cabe distinguir-se de quem parte o pedido de marcação, se do portador, ou se do passador do cheque. Só há marcação por acOrdo entre o portador e o sacado, não se devendo inquirir do motivo. O motivo é irrelevante, no sentido técnico. Se o sacado marcou, sem ter havido acôrdo, ao portador cabe protestar, para ressalvar os direitos e pretensões cambiariformes. Se houve acOrdo, não há indagar-se de quem o pediu, se o portador ou o sacado. (Na legislação de Nova lorque, §§ 823 e 824, há a certificação a pedido do passador do cheque, o que não temos, pois o cheque não é, no Brasil, suscitível de aceite, e a certificação a pedido do portador, que libera os obrigados cambiariformes, incluído o sacador.) O cheque "visado" é assaz usado no Brasil. Dizer-se o contrário é pensar-se em pequenas praças do interior. A marcação , menos.

A marcação supõe ter havido a apresentação para pagamento, mas isso não afasta que se marque o cheque antecipadamente, como se apresentação para pagamento tivesse havido. O visto, não; independe de ter sido apresentado para pagamento. O subscritor ou o portador pediu o visto, sem apresentar o cheque para pagamento.

Aquêle ou êsse tem o fito de entregar a alguém cheque sObre cuja provisão não paire qualquer dúvida.

Quem marca assume dívida. Quem apõe visto, retira da provisão aquilo com que satisfará o portador do cheque visado.

Para se creditar, de nOvo, ao passador do cheque o que se lhe debitou pelo visto do cheque, tem o passador ou o portador de entregar o cheque ao sacado e pedir-lhe que, cortando o cheque, o que se faz em diagonal do paralelogramo, se retenha metade e se entregue metade ao passador, ou ao portador, lançando-se na conta o que resultou do estOrno.

Não há dúvida que, com a marcação, o sacado assume divida perante o portador. *O cheque, ésse, foi pago.* Daí a liberação dos endossantes, dos avalistas e -do próprio passador do cheque, em frente ao portador. ~ Que natureza?

tem essa dívida, que o sacado assume? Novação, diz RODRIGO OTÁvIo *(Do Cite-que,* 121). ~Como, se o sacado não *devia* ao portador? Seria, quando muito, dação em soluto: em vez de pagamento do cheque, *pecunia,* cheque visado, *nomen inris.* Delegação perfeita, retruca Trro FULGÊNCIO: o portador aceita o nOvo devedor, exonerando o antigo.

Marca-se o cheque, lançando no titulo o sacado a data em que o cheque deve ser pago, seguindo-se a assinatura.

Tal lançamento é elipse do que se passa, negocialmente, entre o portador e o sacado: "O portador ofereceu e eu aceito marcar êsse cheque para o dia tal, o que aqui faço", ou "Ofereci e o portador aceitou que eu marcasse o cheque para o dia tal, o que aqui faço". As elipses usuais são: "Para o dia... ", "Para sibado às três horas (ou às quinze horas)", "Bom para o dia...

"Marco para o dia... ", <„Volte no dia... ", "Acordamos para o dia. . . ". Se, em vez disso, o sacado escreve

"Obrigo-me a pagá-lo", não marcou, nem pôs visto. Se escreve "Reservado para o dia..." e êsse dia é dentro do prazo de apresentação, não marcou, nem pOs visto. Num e noutro caso, não houve dação *in sotutum* (nomen iuris pro pecunia), mas assunção de nova obrigação, *in solutum.*

A assinatura há de ser do próprio punho do sacado, ou do seu representante, ou procurador com podêres expressos para pagar cheques, ou pagar e marcar, ou somente marcar. O que se disse sObre a assinatura a rôgo em direito cambiário aqui se há de repetir. Se alguém assina, a rOgo, a marcação, ou a assina sem ter podêres, responsabiliza-se segundo o art. 46 da Lei n. 2.044 (Lei n. 2.591, art. 15). Para o sacado e para os endossantes, os avalistas e o passador do cheque, não houve marcação, de que pudesse resultar desoneração daqueles, conforme o ad. 11 da Lei n. 2.044, embora haja a responsabilidade do que assinou o rOgo, ou sem podêres, conforme a declaração de vontade inserta *(e.* g., "Bom para o dia..)").

Se aparece no cheque a assinatura do sacado, sem determinação da data, não houve marcação, mas *visto.* Se apOs

"Visto para o dia... ", não houve visto, mas marcação.

2.O ACORDO DE MARCAÇÃO É NEGÓCIO JURÍDICO sOBREJACENTE. O sacado, que marca, assume obrigação. Marcação não é aceite, nem é assunção de obrigação cambiária, ou cambiariforme. Tudo se há de regular entre o portador e êle; portanto: qualquer providência do passador do cheque, quanto ao pagamento, já é tardia, e só se pode iniciar judicialmente; com a marcação, o sacado fêz sua a provisão, pois que teria de ser paga e houve a dação em soluto; a falência do passa-dor do cheque já não atinge a provisão, nem o sacado se faz depositário da soma; as transferências depois da

marcação regem-se pelo direito civil, inclusive os endossos, que só têm efeito de cessão; o aval é fiança; se ao portador o cheque marcado, a sua circulação rege-se pelo direito comum.

Não há qualquer dever do sacado de marcar os cheques. Tal dever somente pode resultar de acOrdo entre o portador e o sacado *(aliter,* Lei cambiária da Costa Rica, art. 175).

O sacado *pode* ser obrigado, perante o passador do cheque, em virtude de acOrdo subjacente, a pagar; não, perante o portador, a marcar. O art. 11 da Lei n. 2.591 foi expressivo *(verbis* "se o passador consentir que o sacado marque").

3.MARCAÇÃO PARCIAL E MARCAÇÃO PLURAL. Nada obsta a que o sacado pague parte da quantia devida e marque o cheque para o resto, desde que o portador aceite o pagamento parcial e a marcação. Se só aceitou o pagamento parcial e o sacado, a seu líbito, marcou o cheque, ou o portador protesta o título, ou se há de interpretar a sua inatividade como concordância.

Se entram em acOrdo sacado e portador, a marcação pode ser plural: Cr$ 100.000,00, a 1.0 de maio; Cr$

200.000,00, a 1.0 de junho; Cr$ 300.000,00, a 1.0 de dezembro.

4. MARCAÇÃO UNILATERAL. Se o portador apresenta o cheque ao sacado, ou êsse o encontra, ou de algum modo lhe vem ao alcance o cheque, e o sacado o marca sem que o portador lhe houvesse oferecido a marcação, ou sem ter concordado com a sua oferta, *ou* o portador protesta, para se tornar provada a apresentação sem obtenção do pagamento, *ou* a sua inatividade é de interpretar-se como concordância do portador àoferta do sacado, *ou,* se não houve apresentação para pagamento, protesta e propõe a ação declaratória da inexistência de acôrdo para a marcação.

5.TEMPO PARA PAGAMENTO DO CHEQUE MARCADO.

O sacado, marcando o cheque, assume o dever e a obrigação de o pagar; aliás, de pagar a dívida assumida *na cártula do cheque.* Pode marcá-lo para dentro do prazo de apresentação, ou para depois, ou para tempo posterior à prescrição em que cairia a ação contra o passador do cheque, ou do jiassador do cheque contra o sacado. Era insustentável a opinião de THIERS VELOSO *(Do Cheque,* 222) que só admitia a marcação para dentro do prazo de apresentação (certo, PAULO DE LACERDA, *Do Cheque,* 268).

§ 4.149. Conceito de visto

1. VIsTO. O *visto* é prática de muitos países e tem tripla função: a) atestar que a assinatura do passador do cheque é autêntica; *b)* declarar que havia, no momento do visto, provisão suficiente e não ter o sacado, no momento do visto, o que opor ao pagamento; e) reservar-se a provisão. O *visto,* no direito francês, não significa assunção de obrigação pelo sacado, nem reserva da provisão; em todo caso, a culpa no atestar acarreta responsabilidade do sacado. No direito brasileiro, o *visto* tem outras funções, desde que prevaleceu, na teoria e na prática, a doutrina mesma da sua existência (contra, RODRIGO OTÁvIo, *Do Cheque,* 135; e 3ª. X. CARVALHO

DE MENDONÇA, *Tratado,* V, Parte 23, 581). PAULO DE LACERDA *(Do Cheque,* 75) entendia que o visto prova a apresentação e contém afirmação da existência da provisão, obrigando o sacado a reservar a quantia necessária ao pagamento do cheque, ainda que outro seja apresentado depois. É de notar-se, desde logo, a ambigúidade da expressão "apresentação": não há, no cheque visado, apresentação para pagamento; apresentação, se há, é puramente fáctica, é *„mostra,* para a aposição do "visto". Mais têcnicamente, não há reclamação de pagamento, nem internelação; apresenta-se, como puro fato, para que o sacado faça comunicações de conhecimento e reserva de quantia. Se quem procura o visto é o passador do cheque, tal solicitação qualifica o acOrdo sObre a provisão, porque cria ao sacado o direito a reservar e o dever de reservar a quantia e o dever e direito de preferir êsse cheque a quaisquer outros que depois sejam visados ou apresentados para pagamento, O

visto não prova apresentação para pagamento; não houve tal apresentação. Quem pode apresentar para pagamento é o portador do cheque e êsse, *ex hupothesi,* ainda não tem consigo o cheque: recebe-lo-á visado. Se quem solicita o visto é o portador, tem-se de entender que o fêz em nome do passador do cheque, porque, se assim não fOsse, apresentaria para pagamento, e estariam desvinculados todos os endossantes, o avalista e o próprio passador do cheque. Enquanto a marcação se passa entre o portador e o sacado, o visto supõe acOrdo entre o passador do cheque e o sacado (JOXo FRANZEN DE LIMA, *Efeitos do Visto no Cheque,* 12), ainda que, em nome dêle, o peça o portador. Dir-se-á que o portador pode exigir o visto. Não. Pode exigir quem não precisa de acOrdo; e o portador do cheque está exposto a que o sacado prefira pagar-lhe o cheque desde logo.

A afirmativa de C. F. DA CUNHA PEIxorro *(O Cheque,* 202) quanto a poder o visto ser exigido pelo portador é absolutamente fora do direito brasileiro. Só existe visto havendo acOrdo quanto à provisão; para que existisse exigibilidade, seria preciso que existisse direito ao visto, antes do acOrdo, e dêsse direito se irradiasse a pretensão ao visto. Ora, direito ao visto só existe após o acôrdo, o acOrdo é que é o ato jurídico de que emanam o direito e a pretensão ao visto. Quanto ao passador do cheque, pode-se discutir se, havendo provisão e tendo havido autorização para criação de cheque, nessa autorização está implícita a atribuição do direito a visto dos cheques que se criarem, de modo que pedir visto é exercer direito ao visto, em virtude de acOrdo implícito; ou se a autorização não contém tal declaração de vontade de quem apenas autorizou a criação de cheques. Não encontramos nas leis brasileiras nenhuma regra jurídica, explícita ou não, que dê ao banco, casa bancária, ou comerciante, que autorizou o saque chéquico, o *dever* de pOr visto, verificando a assinatura e a suficiência da provisão, e pois ao passador dos cheques o *direito* ao visto. Tal direito, com a pretensão respectiva, e aquêle dever, com a obrigação respectiva, somente podem resultar de acOrdo *antes* de se passar o cheque ou após a sua criação. Quanto ao portador, o problema é diferente: o acOrdo entre êle e o sacado só é possível, para pagamento posterior, e então é marcação; ou o portador solicitou o visto, alegando o acOrdo anterior entre o passador do cheque e o sacado, ou como mandatário do passador do cheque, para êsse acOrdo posterior à emissão do cheque.

2.Usos COMERCIAIS SOBRE O CHEQUE. A Junta Comercial de São Paulo, a 9 de agOsto de 1927, assentou o uso de a) serem os cheques visados debitados imediatamente nas contas dos sacadores; *b)* ficarem, em consequência, as provisões à disposição dos portadores, ainda que seja o próprio passador do cheque. A 80 de dezembro de 1950, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio obteve o assentamento do uso do cheque visado: “É já consagrado, nos meios comerciais, em suas relações com os estabelecimentos bancários: 1Y) O uso do cheque visado, a pedido do sacador ou do favorecido (portador), quando não é reclamado o seu imediato pagamento; 29) O uso bancário de bloquear a quantia sacada, debitando o sacador, a fim de garantir o pagamento de cheque visado, mesmo que, antes de sua cobertura pelo sacado, sejam apresentados cheques comuns, dentro do prazo de validade (<fl), contado da data da sua emissão; 89) O prazo considerado, a que alude o n.0 2.0, é o de 80

dias, quando emitidos no lugar ou praça de seu pagamento, e de 120 dias, quando emitidos em lugar ou praça diversos; *49)* Decorridos os

prazos de que trata o n. 89 e não apresentado para pagamento o cheque visado, é costume restabelecer, por meio de estOrno contábil, a quantia bloqueada, no crédito do sacador". O uso de São Paulo transfere a provisão; o do Distrito Federal bioqueja, durante o prazo para a apresentação.

O visto desde longa data é usado no Brasil. Se o uso local é no sentido de se por à disposição do portador a importância do cheque visado, ou no sentido de se bloquear a quantia, não diz respeito à lei sObre cheque, e sim à prática nos atos jurídicos bancários. O que importa saber-se é que, dentro do estabelecimento sacado, se deduziu da provisão do passador do cheque a importância e que, no Distrito Federal, somente por meio de estOrno contábil, se faz passar, de volta, ao crédito do passador do cheque a importância. Naturalmente, tais usos, que não são regras jurídicas, mas sombras de atos jurídicos repetidos, podem ser excluidos pelo acOrdo anterior ou postenor à emissão. Se o portador apresenta, dentro do prazo de apresentação para pagamento, o cheque, e o sacado não no paga, há o protesto e ação regressiva. Se deixa de apresentá-lo para pagamento, perde o portador a ação regressiva contra os endossantes e os avalistas e pode incidir o art. *59,* alínea 23, se não houve crédito ao portador, mas só bloqueio da quantia. Se se pôs à disposição do portador a quantia, é como se estivesse para ser esgotada por cheque a quantia.

O que mais importa saber-se é a) que se pode obter visto do cheque antes de expirar o prazo de apresentação, 19

que o sacado, dentro do prazo, não pode pagar a outrem essa quantia, e) que, expirado o prazo, ou o cheque visado há de ser pago (São Paulo), ou se procede a estOrno contábil. Após a expiração do prazo de apresentação e até ocorrer prescrição, o cheque podia ser pago, no antigo Distrito Federal, porém o sacado não era adstrito a pagá-lo. Em São Paulo e no resto do Brasil, o sacado, que pOs o visto, era obrigado a pagá-lo, como seria obrigado a pagar qualquer depósito bancário.

A solução do antigo Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, estava errada. Além disso, chocava-se com a solução verdadeira estabelecida nas outras unidades intraestatais. Ora, o direito material privado há de ser uniforme. Só a União pode legislar sObre títulos cambiários e sObre títulos cambiariformes de direito privado e de sua criação, ou, em geral, sObre vinculações cambiárias e cambiariformes. Portanto, o próprio direito costumeiro, no assunto, é federal; e tem de ser para todo o Brasil.

O sacado que tem direito à posse do cheque visado somente se pode

escusar ao pagamento se obtém mandado judicial. POsto o visto, cessa a ação cambiária contra o passador do cheque, desde o momento em que a provisão deixa de existir, por fato não imputável ao passador do cheque. O visto prova que existia provisão, mas é anulável por dolo, violência, êrro, simulação, ou fraude contra credores, o acordo de que resultou o visto. A anulação desconstitui o acOrdo, sem que se restabeleçam os perdidos direitos de regresso.

A infração dos usos e costumes não é infração de *lei.* A referência da sentença a êles é referência a fatos, e não a regra jurídica. Não há confundir tais usos e costumes com o direito consuetudinário, com o *costume* regra jurídica. Não cabem na *premissa maior* da sentença. O assunto é da máxima relevância em se tratando de ação rescisória e de recurso extraordinario.

As regras jurídicas a que aludimos são de direito costumeiro, embora *dispositivas.* Teremos de assentar que pode haver, a respeito delas, discussão de infração constitucional, recurso extraordinário e ação rescisória.

Entre os usos e costumes está o de serem debitados, imediatamente, disse a 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de outubro de 1952 (1?. *F.,* 150, 809), sendo inadmissível a contra-ordem de pagamento. Para se destruir o lançamento, há dois caminhos: depositar-se em nome do passador a quantia, entregue por êle o cheque ao portador, ou endossado; apresentar o passador o cheque visado, com o cancelamento pelo passador, para que o banco lhe credite a quantia, referindo-se ao cancelamento e guardando o cheque, como se fOsse cheque pago.

Se o cheque visado era cheque endossado, o endOsso ou o cancelamento pelo endossando é necessário, para que se dê a contra-ordem de pagamento, entregando-se o cheque ao banco.

A melhor prática é receber o banco ou outro estabelecimento sacado o cheque visado, cortá-lo em diagonal e entregar a metade ao portador que veio, legitimado, pedir o cancelamento do visto.

Todavia, a afirmação de poder ser cancelado o cheque visado, dando-se contra-ordem para o não-pagamento, seria ofensiva do sistema jurídico. O visar-se o cheque é constringir-se, desde já, a provisão, e dizer-se que se pode dar contra-ordem, sem se inutilizar o cheque, seria ferir-se o conceito jurídico de cheque visado. O que é uso e costume é lançar-se desde já o cheque como se estivesse pago; porém há regra jurídica, não escrita, que se pode formular nos têrmos

seguintes: “Visado o cheque, fica pelo menos constrita < = destinada ao pagamento) a quantia”.

Tem-se de partir da regra jurídica não-escrita, mas assente, de que o visto retira do depósito irregular, de ordi

-nário da conta corrente, a quantia a que corresponde o cheque. Não há mais qualquer direito, pretensão, ou ação do passador, salvo os que sejam concernentes à falsidade ou nulidade da criação, ainda assim respeitados os princípios relativos à boa fé.

## CAPITULO III

## PENALIDADES

### ~4.150. Direito penal e cheque

1.CHEQUE E FIGURAS PENAIS. Destinado a fazer as vAzes de dinheiro, no que se distingue da moderna assinação e da delegação, do mandato e da simples ordem de pagamento, o cheque pode ser utilizado para atos criminais. A principio, a figura penal do estelionato abrangia o uso criminal da criação de cheque sem provisão.

Mais tarde, as leis apresentaiam regra jurídica especial. A técnica jurídica legislativa ora preferiu a inclusão das sanções na própria lei sObre cheque, ora as deixou às leis penais, ora distinguiu a infração civil e o crime.

Respectivamente, as leis francesa, italiana, portuguêsa, mexicana, a lei argentina e a lei brasileira. Os problemas técnicos mais delicados, em se tratando de regra jurídica penal, são o de se ter de exigir, ou não, como elemento do suporte fáctico, o dolo, e o de ser insuficiente o suporte láctico em que falte o elemento da não-provisão ao tempo da data (ou da emissão) do cheque e não ao tempo do pagamento.

Os arts. 6.0 e 79 não são sObre contravenções penais; são regras de direito privado (cf. Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de janeiro de 1942, *R. F.,* 98, 880, *R. dos* 72., 139, 523; e 14 de julho de 1941, 1?. *dos 72.,* 188, 218, *R. de D.,* 140, 124). A exigência do pressuposto da má fé, na espécie do art. 79 da Lei n. 2.591, é insustentável, e

resultaria de “penalização errônea por parte da COrte de Apelação de São Paulo, a 20 de junho de 1986 (1?. *dos* 72., 107, 844, e 1?. *F.,* 68, 119).

2.PROBLEMA DO ELEMENTO FÁCTICO DO DOLO. A legislação, que se inspira na consideração de que a emissão de cheque sem provisão suficiente só por si há de ser punida, tem de considerar crime a emissão de cheque sem fundos, ainda que não haja dolo, nem prejuízo. Tal solução se há de satisfazer com a falta de fundos ao tempo da criação, ou da emissão, mas não é necessário que o faça, pode exigir a permanência da falta de provisão à data do cheque, ou da emissão, até à apresentação. Também sói ser indiferente se o tomador ou portador conhecia, ou não, a falta de provisão suficiente. Aliás, êsse elemento subjetivo é estranho à função do cheque, titulo circulatório, pois o crime existiria, ou deixaria de existir, conforme se achasse, ou não, em mãos de possuidor de boa fé. Tanto mais quanto o possuidor de má fé pode ter, também êle, cometido crime, em cumplicidade com o passador do cheque. A solução do problema de técnica legislativa pela conceituação do crime de criação, ou emissão de cheque, como delito formal, atende, de perto, à função do cheque e à proximidade entre ela e a do dinheiro. Todavia, tem-se argUido que a carência do elemento fáctico objetivo do prejuízo, como do elemento fáctico subjetivo do dolo, deixa de atender a que o próprio sacado pode ter razões para satisfazer, sem qualquer hesitação, o cheque emitido sem provisão suficiente. Daí a segunda solução, em escala de soluções técnicas, que é a da abstração do elemento fáctico subjetivo do dolo, mas exigência do elemento fáctico objetivo do prejuízo. Um dos argumentos contra a primeira e não contra a segunda solução é o de que podem os usurários empregar o cheque para que melhor se garantirem dos mútuos:

de posse de cheque sem fundos, teriam a seu alcance, através da lei penal, o devedor. Mas as leis penais consideram tais fatos crimes à parte *(e. g.,* Código Penal, art. 160: “Exigir ou receber como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro: Pena reclusão, de um a três anos, e multa de dois contos a dez contos de réis”).

A solução que exige o elemento fáctico do dolo submete-se à regra jurídica geral (Código Penal, art. 15: “Diz-se o crime:

1 doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II culposo, quando o agente deu causa ao resultado por

imprudência, negligência ou imperícia". Parágrafo único: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente"). Essa terceira solução afasta tratar-se de crime culposo. O dolo é de exigir-se (=rzt o suporte fáctico é insuficiente se falta o elemento do dolo). É indiferente, se a emissão foi *pro solvendo,* ou *pro soluto;* bem que mais seja caracterizar-se, se *pro soluto,* o crime de emissão sem fundos suficientes. Se o cheque foi empregado em função diferente da sua, que é a de instrumento de pagamento, dificilmente se poderia caracterizar o crime *(e. g.,* para garantir empréstimo, cf. □

2 a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de junho de 1944, E. E., 102, 530, E. *dos 72.,* 158, 98), porque o tomador conheceria o fato; mas o crime existe se houve dolo em tal operação *(e. g.,* a favor de E, para que E endossasse a C), ainda que o tomador ou êle e outros portadores anteriores ao de boa fé conhecessem o fato. Se o cheque foi para pagar divida de jOgo, não pode, por isso, ser revogada a declaração de vontade criativa, que nêle se contém; se o sacado, atendendo ao que lhe pediu o passador do cheque, o deixa de pagar, o tomador ou o possuidor posterior tem ação regressiva: nessa ação, é que o passador do cheque pode opor ao que foi tomador a *causa;* porque, aí, a exceção é pessoal, a despeito de se tratar de dívida de jOgo. Seguindo decisão de Minas Gerais, C. F. DA CUNHA PEIXOTO *(O Cheque,* 100) admitiu revogação do cheque entregue em pagamento de dívida de jOgo e pré-excluiu o crime de emissão de cheque sem provisão suficiente se o foi em pagamento de divida de jOgo. De modo nenhum! Tratando-se de dívida que pode ser paga (Código Civil, art.

1.477: "As dividas de jOgo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntàriamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito"), a dação já é pagamento. Aliás, o mesmo ocorre quanto às obrigações ditas naturais.

Para que se componha a figura do crime de emissão de cheque sem provisão basta que haja insuficiência da provisão; não é preciso que falte provisão para tOda a soma que se lançou no cheque.

4.151. Provisão e cheque

1.RETIRADA DA PROVISÃO OU DE PARTE DO QUE BASTARIA AO PAGAMENTO. Retirar a provisão, ou parte dela, de modo que permita o não-pagamento do cheque, é crime: frustra-se-lhe o pagamento (Código Penal, ad. 171, § 29, VI). Ainda se após o prazo para a apresentação do cheque.

2.PAGAMENTO DO CHEQUE A QUE FALTA TODA OU PARTE DA PROVISÃO . No estado atual do direito brasileiro, se o sacado paga o cheque > abriu crédito ao passador do cheque. Se o cheque foi endossado a outro estabelecimento que o sacado, ou pago por aquêle, não há abertura de crédito simultânea ao pagamento e, pois, há o crime. Somente o que é obrigado, perante o passador do cheque, a pagá-lo, pagando-o, se há de entender que abriu o crédito.

8.MUITAS. No art. 6.0, a Lei n. 2 591 estabelecia:

“Aquêle que emitir cheque sem data ou com data falsa, ou que por contra-ordem e sem motivo legal procurar frustrar o seu pagamento, ficará sujeito à multa de 10% sObre o respectivo montante”. O Decreto-lei n. 4.655, de 8 de setembro de 1942, fixou a multa em Cr$ 2.000,00. Para que incida o ad. 6.0 da Lei n. 2.591, modificado pelo Decreto-lei n. 4.655, não é preciso dolo.

No art. 79, estatuiu a Lei n. 2.591: “Aquêle que emitir cheques, sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ficará sujeito à multa de 10% sObre o respectivo montante, além de outras penas em que possa incorrer (Código Penal, art. 888) „~. Nenhuma alusão ao dolo. O que se multa é a criação sem fundos suficientes; portanto, sem que haja, à *data da criação do cheque,* provisão que dê. Emissão, no ad. 79, é criação; porque o art. S.~

impõe tal interpretação *(verbis* “desde a data do cheque”). Se não havia provisão à data da criação do cheque (data do cheque) e depois exsurgiu, nem por isso fica o passador do cheque escapo à multa. Se havia provisão e, depois, faltou, sem culpa do passador do cheque, o art. 79 não incide.

4.PLANO DO DIREITO FISCAL. Desde que o tratamento do cheque e o de outros títulos são diferentes e a emissão do cheque substitui a de outro titulo, como a letra de câmbio, o sêlo exigido é o do negócio jurídico *verdadeiro,* e não o do negócio jurídico *aparente.* Tal infração é verificável pela escrita dó passador do cheque, ou pela do sacado. Certamente, o cheque sem provisão é cheque, no plano do direito

privado; porém isso de modo nenhum é argumento contra a incidência da lei fiscal. Não se confundam, porém, a incidência da lei fiscal sObre a letra de câmbio, que se disfarçou em cheque, e a incidência da lei fiscal sObre as aberturas de crédito, contra as quais se saca.

As regras jurídicas sObre cheques podem ser invocadas a respeito de *bilhetes de banco* e de *titulos para.*

*pagamentos de contado* e *títulos à vista sóbre fundos disponíveis.*

Os chamados *bonos de traspasso* e as *ordens de traspasso bancário* (Tomos XXXI, §§ 8.567, 1, 18, 8.592, e XXXIII, § 8.809, 4) parecem-se com o cheque sem serem cheques. O *traspasso bancário* põe na conta de outrem o que se acha na conta do dador da ordem. O traspasso pode ser em documento com a cláusula nominativa, ou com a cláusula à ordem, ou com a cláusula ao portador, e com isso não se viola a regra jurídica que proibe negócios jurídicos que atingem a moeda corrente. Parece mais com o cheque a cláusula “para pOr em conta”.

O *acreditivo* facilita os traspassos de uma praça a outra e permite que, sem se transportar a espécie, a soma versada seja prestada alhures. No cheque, há o saque contra o banco, a favor do portador, ou do endossatário-possuidor ou do tomador. No acreditivo, é o banco que se vincula a prestar a quem fOr o legitimado.

## Parte VI. Ações cambiárias e processos cambiários

## AÇÃO CAMBIÁRIA E CHEQUE

### § 4.152. Apresentação do cheque de pagamento

1.PRETENSÃO AO PAGAMENTO DO CHEQUE. Já vimos o que há de específico na pretensão do portador do cheque ao pagamento. Já vimos como é intercalar entre a pretensão do possuidor da letra de câmbio e a do possuidor do título representativo da mercadoria. A ação oriunda do cheque é cambiariforme; a “ação”, no sentido de remédio processual, é ação cambiária, executiva. Também a respeito do cheque pode haver a ação por enriquecimento injustificado. Em tudo mais, o direito concernente à letra de câmbio é invocável, inclusive quanto à prescrição. Em todo o caso, havemos de atender a que o passa dor do cheque afirma a existência de fundos disponíveis, o

que não se dá no tocante à letra de câmbio.

A ação executiva somente pode ser intentada contra os que apuseram no cheque a assinatura. Não cabe a ação executiva contra o sacado, porque êsse não se obrigou, salvo se marcou o cheque. TOda obrigação do sacado é extracambiariforme, por concernir ao negócio jurídico, subjacente, da provisão. A ação contra o sacado é ação que se irradia da relação jurídica entre o passador do cheque e o sacado.

Quanto aos obrigados constantes do cheque, pode o portador propor ação contra qualquer dêles. devido à autonomia das obrigações nos títulos cambiariformes. Se um dos obrigados paga, não há cogitar-se de prosseguimento da ação contra os demais.

.1.

2.AçÃo EXECUTIVA. A ação executiva contra os endossantes e seus avalistas supóe ter sido apresentado o cheque ao sacado, dentro do prazo legal, seguindo-se o protesto. Contra o passador do cheque a ação independe do protesto, mas terá de ser afirmada e provada a apresentação . Se o portador não apresentou, no devido tempo, o cheque e a provisão deixou de existir, sem ser por fato imputável ao passador do cheque, defende-se êsse com a alegação de ter precluído a ação do portador (Lei n. 2.591, art. 59, 23 parte). O Onus da prova da existência da provisão ao tempo em que devia ser apresentado o cheque incumbe ao passador do cheque; o da imputação da culpa do passador do cheque, quanto ao desaparecimento, ou a insuficiência, incumbe ao portador.

8.DEFESA, NA AÇÃO EXECUTIVA. A propositura da ação faz-se acompanhada do cheque, para que possam ser alegadas defesa e exceções referentes ao seu teor e assinaturas. No caso de amortização, a certidão da sentença é o titulo executivo. Se o título está instruindo outra ação, *e.* g., ação criminal, basta a certidão de que foi junto noutra ação (COrte de Apelação de Minas Gerais, 24 de fevereiro de 1937, *R. de C. 3.,* 27, 43), sem que isso torne o cheque imune a quaisquer alegações quanto à sua existência e validade, o que se há de apurar conforme os princípios.

4.QUESTÃO PREVIA DA EXECUTIvIDME. Ao deferir ou indeferir, de inicio, a petição, quanto à expedição do mandado executivo, deve o juiz abster-se de examinar o mérito, principalmente de descer à

apreciação de questões concernentes ao negócio jurídico subjacente. Excelentemente, disse o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de março de 1946 *(1?. dos T.,* 161, 68) "A decisão agravada, para denegar o mandado executivo, teceu considerações que dizem respeito ao perito da questão, aludindo a fatos que devem ser submetidos a prova para o exame de sentença final. Para a expedição do mandado executivo deve o juiz limitar-se a verificar se o titulo está revestido dos requisitos extrínsecos para valer como documento de dívida liquida e certa. O portador de um cheque não pago tem direito á ação executiva. Os cheques que instruem a inicial são formalmente perfeitos.

Agora, saber se o procurador do agravada tinha, ou não, podêres suficientes para emiti-los, é questão de mérito".

O portador do cheque tem ação executiva contra o emitente se o sacado não no paga (23 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 12 de outubro de 1946, 1?. *F.,* 164, 464). Não importa se há, ou não, provisão. t absurdo pretender-se que, se falta provisão, o titulo não é cheque (certo, a 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, 5 de setembro de 1947, *A. 3.,* 84, 347).

O portador não pode exigir do passador do cheque o pagamento se não apresentou ao sacado o título. A falta ou recusa de pagamento prova-se com o protesto. Contra o emitente da nota promissória não é preciso o protesto, mas o protesto é indispensável, para a ação contra o passador do cheque e seus avalistas.

## § 4.153. Protesto e cheque

1.PROTESTO E AÇÃO CONTRA O PASSADOR DO CHEQUE. Na jurisprudência, devido à remissão ao direito cambiário, há acórdãos, que dispensam o protesto do cheque para se ir, executivamente, contra o passador dêle. Alega-se que assim é na cambial. Que cambial? A letra de câmbio? Não há ação contra o sacador da letra de câmbio se não houve protesto por falta de aceite, ou de pagamento. A nota promissória? Aí, o emitente promete fato seu e os seus avalistas seguem-lhe a sorte. Assim é êrro palmar, em direito brasileiro, dizer-se que "o protesto do cheque, da mesma forma que o da cambial, cuja lei ao cheque se aplica, jamais é necessário contra o devedor principal, menos ainda para dar direito à via executiva, senão apenas contra aquêles que possam vir a ser demandados por ação regressiva" (Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, 6 de novembro de

1944, *R.*

*P.,* 85, 689) ; ou que “a falta de protesto, em qualquer caso, não obsta à ação executiva contra o emitente do cheque, seja pelo endossatário-

-portador, seja pelo beneficiário, e a única defesa que lhe pode opor o emitente, além das relativas à legitimidade dos títulos e de prescrição, é a de que tinha êle suficiente provisão de fundos em poder do sacado, e que essa provisão subsiste, ou que deixou de existir sem fato que lhe seja imputável” (Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6 de novembro de 1942, *OD.,* 21, 386). No mesmo sentido dêsses acórdãos, a Côrte de Apelação de São Paulo, 14 de novembro de 1934 *(E. dos T.,* 94, 98), 6 de novembro de 1940 *(E. F.,* 85, 689).

O passador do cheque não faz as vêzes, para a incidência do art. 15 da Lei n. 2.591, do criador da nota promissória; mas sim do sacador: contra o sacador só há ação executiva na letra de câmbio, se o sacado não aceita, ou não paga; no cheque, se não paga. A doutrina e a jurisprudência relativas ao criador da nota promissória, contra o qual há ação executiva, ainda que não tenha havido protesto, são intranspiantáveis para o direito sôbre cheque, pois o passador do cheque só se obrigou a ato de terceiro, de cuja falta é que nascerá a ação contra êle. Muito diferente é a posição do criador da nota promissória. É preciso que tenha havido falta ou recusa de pagamento para que nasça a ação contra o passador do cheque. No direito brasileiro, tal falta ou tal recusa só se prova com o protesto. Não se pode, portanto, dispensar o protesto, para se exercer no direito sôbre cheques qualquer ação executiva.

2.CERTEZA E LIQUIDEZ. Alguns julgados sôbre cheque são completamente fora dos princípios, devido a confusões entre certeza e liquidez de cheque e da dívida oriunda do negócio jurídico, subjacente, da provisão. O

Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de março de 1917 (E. *dos* 2‟., 22, 271, E. *de D.,* 46, 186), chegou a dizer que não é titulo líquido e certo, que possa fundamentar a ação executiva, embora tenha sido protestado. A decisão é daquelas que não merecem comentários.

a)Quanto ao sacado, não há ação executiva, pois não lançou a assinatura no cheque, nem o cheque é suscetível de receber aceitação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de março de 1922, E. *dos 2‟.,* 41, 482; COrte de Apelação do Distrito Federal, 27 de maio de 1924, E. *de D.,* 76, 569; absurda a argumentação do acórdão da 5~a Câmara

Cível da Côrte de Apelação, a 20 de julho de 1936, E. 9., 68, 543, reformado pela COrte de Apelação, a 19 de setembro de 1937, E. 9., 73, 550, que estabeleceu a jurisprudência anterior, já firmada, cf. 53 Câmara Cível da COrte de Apelação, 10 de abril de 1911). b) Quanto ao passa-dor do cheque, o titulo, por falta de provisão ou insolvência do sacado, ou outro motivo de recusa, não deixa de ser cheque para o efeito da ação executiva do portador contra o passador do cheque (Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de julho de 1941, *E. dos 2*"., 133, 218). Tem-se procurado atribuir ação cambiária, em caso de falsidade, ou falsificação, ao portador do cheque, contra o depositante, cuja firma foi falsamente lançada ou falsificada, se houve negligência na guarda do talão de cheques. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 80 de abril de 1931 *(A. J.,* 19, 59), não firmou jurisprudência, porque, *iii. casu,* "não ficou provada a negligência do réu na guarda do caderno, de onde foi extraído o cheque contendo a assinatura falsa"; porém, quanto à ação executiva, foi perfeitamente de acOrdo com os princípios:

"Quanto à responsabilidade civil do réu, na hipótese de ser autor do crime seu filho então menor, de 19 para 20

anos de idade, só poderá ter assento nos arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil, isto é, só poderá derivar da concorrência dos seguintes elementos: a) prova de que o filho estava sob o poder e em companhia do pai; *b)* prova de que o réu contribuira para o dano causado ao autor, por culpa ou negligência de sua parte. A apreciação de tal matéria, entretanto, não tem cabimento no processo executivo". O sacado, que paga o cheque, não tem ação cambiária contra o passador do cheque (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de outubro de 1932, E. *dos 2*"., 85, 539).

Cf. 23 Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 29 de maio de 1928 (E. *de £71. J.,* 11, 133)

"Vistos, etc. Considerando que a questão principal é saber se uma nota promissória, rasgada, rOta, e depois recomposta, com todos os seus dizeres, pode servir de base para com ela ser proposta uma ação executiva contra o devedor; Considerando que as promissórias de fís. foram rOtas, e depois recompostas com todos os seus dizeres, confessando o agravante que são de sua emissão, e que as rasgou porque estavam pagas; Considerando que, tratando da anulação da letra de câmbio, art. 36 da Lei n. 2.044, doutrina CARVALHO DE MENDONÇA, vol. 5, § 893: "Ocorrendo o extravio ou a destruição total ou parcial da letra de câmbio (exemplos: esta é queimada ou rOta), não podendo o proprietário obter a duplicata, resta-lhe o

processo da anulação; a sentença julgando a nulidade serve de titulo para a propositura da ação executiva"; Considerando que as notas promissórias foram rôtas em diversos pedaços, inutilizadas, como se fôssem pagas, assim, sem que se demonstre cabalmente que elas n~o foram liquidadas, a presunção é que a obrigação terminou, isto é, que foram pagas; Considerando que a sentença admite a ação executiva, embora esteja o título rôto, recomposto, desde que, retinidos os pedaços, contenha êsse conjunto todos os requisites essenciais da letra; mas, Considerando que o argumento da perplexidade, a dúvida a pairar no espírito do julgador, não pode ser abandonado, neste caso; Considerando que a prova testemunhal poderia vir em auxílio da verdade, mas no processo ela é fraca, e perigoso seria o precedente de se admitir,. como capaz de servir para propositura duma aç~o executiva, a recomposição duma letra rôta, embora com todos os seus dizeres; Considerando que é de aplicar-se ao caso dos autos o processo de anulação previsto no art. 36 da Lei n. 2.044, de 1908, onde, pela ação ordinária, a prova do não-pagamento poderá ser mais completa: Acordam os juizes da 23 Câmara da Côrte de Ape]aç~o dar provimento ao recurso, para reformar, como reformam, a decisão de Us., para julgar provados os embargos de fis. e insubsistente a penhora
CAPÍTULO II

AMORTIZAÇÃO DO CHEQUE § 4.154. Ação de amortização

1

1.AMORTIZÂBILIDADE DO CHEQUE. Também o cheque é amortizável, O que se disse sôbre amortização ou anu1ação da letra de câmbio, da nota promissória e da duplicata mercantil também se entende quanto ao cheque.

O processo para a ação no caso de extravio e para a ação no caso de destruição o é o mesmo. Cabe ação para amortizar o cheque por extravio àquele a quem ocorreu perda da posse, sem que tenha participado, com a sua vontade, em tal perda. Está excluído o que jogou fora o cheque, perdendo, por vontade sua, a posse. Quanto à destruição, tem ação aquêle a quem foi destruído, contra a sua vontade, ou sem ela, ou aquéle que casualmente destruiu, sem que tenha havido voluntariedade no ato de destruição. Também aqui o elemento subjetivo esponta: se tenho em mãos um cheque e diante de um assaltante, que mo vai tirar, o rompo, ou o queimo, posso, depois, usar do remédio processual para a ação de amortização ; pois que, na espécie, não tive intenção de destruir o título no seu corpo e

enunciado, mas, tào-só, no seu corpo. O prazo para apresentação do cheque é sem importância para o pedido de amortização. O cheque em branco é suscetível de ser anulado, porque cheque em branco é título cambiariforme, bem que incompleto. O que é preciso é que seja descrito, no processo de amortização , com

"clareza e precisão" (Lei n. 2.044, art. 36, alínea l.a > □ S~o amortizáveis os cheques endossados em préto e os cheques endossados em branco. Ainda depois de pago o cheque, pode ser objeto de pedido de amortização. Se *é* o sacado que pede amortização, implicitamente afirma estar pago o cheque. Se é o passador do cheque, é necessário que explicite a natureza da sua posse: posse, por não ter emitido o cheque, ou posse por lhe ter voltado às mãos o cheque que emitira. Nada obsta a que se cumulem, na petição, diversos pedidos de amortização, quer se trate de cheques, quer de cheques e outros títulos cambiários ou cambiariformes.

2.FORMA DE CHEQUE E DEFEITOS. ~ preciso que o portador do cheque, incluído o passador, esteja na posse do direito, alegando não ter posse material suficiente, O que possui pedaços de cheque, ou cheque rasurado, ou cancelado, ou rôto, tem posse material insuficiente.

Somente a não-validade formal aparente do cheque exclui o processo de amortização. Quem é legitimado para o pagamento é legitimado para pedir a amortização do cheque.

O processo de amortização não é possessório. Nêle o que importa é a última posse, de modo que a admissão em juízo não constitui julgamento possessório, O que se diz possuidor pode ir, pendente a anulação, a outro juízo, discutir a posse, eu cobrar o cheque.

Título XX

DIREITO SUBSTANCIAL EXTRACAMBIÁRIO E EXTRACAMBIARIFORME

§ 4.155. Processo da ação de amortização

1.PRocEsso. Quanto ao processo de amortização, o que se disse sôbre

os títulos cambiários incide quanto ao cheque, como quanto à duplicata mercantil.

2.EDITAL. O edital, com que se comunica a perda ou o furto do cheque, tem o efeito de estabelecer a má fé contra quem deveria defender-se e não compareceu. São também de má fé as aquisições posteriores.

## ATUAÇÃO DO DIREITO EXTRACAMBIÁRIO E EXTRACAMBIARIFORME CONTRA OS ATOS CAM

## DIÁRIOS OU CAMBIARIFORMES OU OS SEUS EFEITOS

§ 4.156. Direitoextracambiário e direito extracambiariforme e regras jurídicas atuantes 1.TUTELA DA APARÊNCIA. A tutela da aparência, que caracteriza a finalidade mesma do direito cambiário, movimenta-se dentro de esfera que cria exceção no âmbito do sistema jurídico do Estado legislador, ou do Estado que participou de legislação interestatal, dita *direito uniforme,* porém sem que a sua especialidade se choque com o sistema jurídico, ou contradiga, nos fundamentos, os princípios básicos do sistema jurídico. Exemplo temos quanto à incapacidade absoluta, que, ainda no terreno cambiário, ou cambiariforme, independe da formalidade, constitutivo-declaratória, da interdição.

O ato cambiário, ou cambiarifornie, como ato criador de vinculações, quer por parte do criador do titulo, quer por parte dos outros vinculados cambiários ou cambiarifonnes, cai no mundo do direito, com o seu regime próprio. A vinculação surge, não de causa estranha, ou sob o influxo de quaisquer motivos, mas do ato da aposição da firma à declaração cambiária, expressa ou tácita. O subscritor fica vinculado, ainda que não tenha intenção de se vincular, e a declaração subentendida produz os efeitos determinados na lei, exatamente como se fôsse expressa.

Qualquer, que tenha sido a sua intenção, a responsabilidade do subscritor é determinada de acôrdo com a lei (Corte de Apelação do Distrito Federal, Si de outubro de 1934; e Côrte Suprema, Recurso extraordinário n. 2.729, acórdão de 9 de março de 1936, cf. Despacho do Relator, *A. J.,* 48, 268-272). Mas seria absurdo que, pretendendo a lei favorecer série de possuidores, sacrificasse interêsses reputados pelo próprio Estado, que edictou as regras de direito cambiário ou de direito cambiariforme, *acima* de quaisquer outros interêsses. O ponto principal, a não ser aquêle em que se trata de capacidade dos

vinculados, está na significação que pode ter, para com o Estado e para com os terceiros em relação às assunções das vinculações cambiárias, ou cambiarifonnes, cada um dos atos cambiários ou cambiariformes singulares.

Daí a atacabilidade dos atos singulares cambiários ou cambiariformes, ou dos seus efeitos, em virtude de princípios formados fora do direito cambiário ou cambiariforme. Note-se bem que a lei cambiária só se refere a objeções e exceções ao possuidor do título cambiário, por parte do obrigado, quer para dizer que algumas são permitidas, quer para afastar outras, quer para fixar a extensão subjetiva passiva de objeções e exceções permitidas. Recebe-o o direito cambiariforme.

2 CONTRA A USURA. O exemplo mais frisante de atacabilidade dos atos singulares cambiários em virtude de princípio que atende ao interêsse público é o que se tira da aplicação das leis contra a usura. Não se diz que o titulo cambiário deixe de ser título cambiário, porque o obrigado se sujeitou a imposições usurárias. O título continua cambiário; a vinculação é que é impugnada por fôrça de principio acima dos outros princípios inspiradores da própria legislação sôbre cambiais. Tanto assim que, se houve usura, por ocasião de ser criado o título, eficaz êle é como ato unitário cambiário; o que não é eficaz é a obrigação assumida pelo criador do título, isto é, o seu ato singular, perante o usurário. Outras obrigações serão eficazes, em virtude mesmo dos postulados do direito cambiário, já longamente estudados nos Tomos XXXIV e XXXV, recebidos pela duplicata mercantil e pelo cheque.

A Constituição federal de 1934 estatuiu, no art. 117, parágrafo único: “t proibida a usura, que será punida na forma da lei”. À semelhança da Constituição alemã, art. 152, alínea 2a, não se definiu a usura. O legislador constituinte satisfez-se em tornar *publici juris* a vedação da usura. No Brasil, lei ordinária, ou Constituição estadual que se afastasse do art. 117, parágrafo único, seria contrária à Constituição.

Mas cabia à lei federal fixar a taxa máxima. Outrossim, determinar as penalidades. A mesma situação tivemos sob a Constituição de 1987, art. 142, que disse: “A usura será punida”. Sob a Constituição de 1946, art. 154, “a usura, em tôdas as suas modalidades, será punida na forma da lei”.

No tocante à letra de câmbio e à nota promissória, uma vez que o direito do possuidor de boa fé nasce da aparência do título e da sua posse, a objeção ou a exceção de usura seria inoperante. Só os

possuidores de má fé estariam expostos a ela. Quanto a êsses, o ato singular cambiário é sem juros, pois que a lei mesma o proibe.

Cumpre, porém, observar-se que não se trata de exceção pessoal, como poderia parecer à primeira vista, nem de simples exceção *ex causa.* Provado que houve usura, ainda que o vinculado não peça a nulidade da cláusula, tem o juiz de decretá-la. É do seu ofício, como conseqUência do próprio texto constitucional. Se o vinculado renuncia à exceção, ou se anui em que se lhe reconheça ratificação, nenhuma importância tem, porquanto é irrenunciável e irratificável a nulidade decorrente da infração da lei contra a usura.

Não se diga que, passando o título às mãos de possuidor de boa fé, o vinculado como que renuncia ou ratifica a ineficácia. Na dogmática dos títulos cambiários, vimo-lo de sobejo, o direito do possuidor da letra de câmbio, ou da nota promissória, não é direito derivado, nasce com a sua posse, e aí está a razão suficiente para que se afaste, de modo absoluto, qualquer idéia de renúncia ou de ratificação, evidentemente supérf lua.

Se da aparência cambiária consta que se infringiu a lei contra a usura, não se pode cogitar de boa fé de qualquer possuidor: no momento em que adquiriu a posse somente poderia adquirir situação eivada do mesmo vício que tinha a situação daquele que tratou com o criador do título ou com outro vinculado cambiário, cuja firma figurasse no título.

O Supremo Tribunal Federal, na Apelação cível n. 4.188, a 21 de junho de 1934, entendeu que valia, *em direito comum,* cláusula de juros inserta em notas promissórias, porém, por serem anteriores à lei de usura, tais juros não poderiam exceder de 12%. (Claro que, posteriores à lei de usura e excedentes da taxa fixada por ela, nulo seria o excesso.) O acórdão depôs, com certa fôrça, a favor da afirmação de que as cláusulas de juros insertas nas cambiais valham sempre em direito comum, porque, *na espécie,* valia em virtude de negócio subjacente. Veja Tomos XXXIV e XXXV.

3.LEIS VEDATIVAS DE CERTAS CLÁUSULAS DE MOEDA. Outras leis, como as vedativas de certas cláusulas de moeda, podem constituir fundamento para o ataque aos atos singulares cambiários ou cambiariformes. Os princípios são os mesmos que foram por nós lembrados a respeito das leis contra a usura. Se a infração não aparece, a exceção só funciona contra os possuidores de má fé. É de notar-se como o direito cambiário, caindo no ambiente do sistema

jurídico estatal, consegue manter a sua estrutura, sem arrebentar as linhas mestras do direito comum ou dos ramos especiais do direito.

Se, para reforçar a garantia da nota promissória, se faz pacto posterior, ou simultâneo, ou prévio, pelo qual o signatário se obriga a multa, não pode êle estipulá-la além de 10% da quantia *devida no vencimento.* Claro que os efeitos são só extracambiários ou extracambiariformes, isto é, de direito comum (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 4 de janeiro de 1934).

§ 4.157. Terceiros e regras jurídicas protectivas

1.PROTEÇÃO DOS INTERESSES DE TERCEIROS POR OUTROS RAMOS DO DIREITO. Após as espécies de leis que defendem o interêsse público, o interêsse do *aeter,* quiçá o interêsse social, vêm as espécies em que o direito comum ou algum ramo especial do direito protege os interêsses de terceiros. O caso mais típico é o do título simulado, ou em fraude contra credores. É lamentável que na doutrina e na jurisprudência a cada momento se confundam as exceções oponíveis pelo vinculado ao possuidor do título, de cabimento dependente de regra do direito cambiário ou cambiariforme, ou de *branco* por êle deixado, com a atacabilidade da vinculação por parte de terceiro, isto é, por parte de quem não é o vinculado cambiário, ou cambiariforme, nem o possuidor do título. Onde tal confusão chega ao auge, denunciando trato superficial das questões, assaz danoso para a obra de justiça, é no tocante aos títulos e às firmas de favor, que possuem a particularidade de, sob a mesma expressão, poderem conter espécies de uma e de outra natureza. Por isso mesmo, o assunto exige que a êle se preste a máxima atenção, tantas são as injustiças, que o baralhamento das duas alegações, ou por ignorância dos princípios, ou por má apreciação das situações jurídicas trazidas a exame, tem deixado em muitos julgados definitivos.

2.PROTEEÇÃO DO TERCEIRO. É por exigência de método que aqui (pois que o nosso assunto é o direito extracambiário, ou extracambiariforme) começamos por tratar de ataque aos atos cambiários, ou cambiariformes, ou dos seus efeitos, por parte de terceiros, definindo-se terceiros aquêles que não são o vinculado cambiário, ou cambiariforme, nem o possuidor do título. Em todo caso, é de advertir-se em que tal terceiro pode ser vinculado cambiário anterior à assunção da vinculação cambiária por parte daquele cujo ato singular é impugnado.

Excepcionalmente, o possuidor de título cambiário, ou cambiarifornie, pode ter interêsse em que se ataque o ato singular cambiário, ou cambiariforme, de algum dos vinculados cambiários, ou cambiariformes, ou, até, de todos os vinculados cambiários, ou cambiariformes, se, como titular do direito de impugnar o ato singular cambiário, ou cambiariforme, ou os seus efeitos, lhe pode ser útil a anulação, a despeito da sua situação de titular de direito cambiário. Basta pensar-se em que o possuidor do título conserva o seu direito contra os outros vinculados, quando, por exemplo, na falência do vinculado simulante ou fraudante, o seu interêsse é o de ser excluído, aí, o seu crédito (negação de efeitos).

3.SIMULAÇÃO. Mediante a simulação, o que firma ato singular cambiário ou cambiariforme aparenta vincular-se, quer por fôrça da sua situação de criador do título (sacador da letra de câmbio ou do cheque ou subscritor da nota promissória, da duplicata mercantil), quer por fôrça da sua situação de aceitante da letra de câmbio, ou de endossante ou avalista da Letra de câmbio, ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, ou do cheque.

Para que a situação se considere defeito, é preciso que haja intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei (Código Civil, art. 103). Estão excluídos de qualquer faculdade de alegação do simulacro o que se fêz vinculado cambiário ou cambiariforme e a parte com quem tratou, quer em litígio de um contra o outro, quer contra terceiros. É o que se tira do art. 104 do Código Civil: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer, os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

Temos, assim, duas espécies de simulação: uma, a que se aplica o que dissemos acima (§ 4.156, 1 e 2); outra, que, protegendo terceiros determinados, somente por êles pode ser invocada. Até certo ponto fêz mal o Código Civil em delas cogitar englobadamente: “Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da Fazenda” (art. 105).

O princípio é o seguinte: o direito cambiário, uma vez que existe possuidor de má fé e êsse é o que procura exercitar o direito constante da letra de câmbio, ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, ou do cheque, desinteressa-se da sorte dêle, isto é, não lhe dá a segurança da proteção cambiária, ou cambiariforme, no tocante às

defesas contra êle. Naturalmente, é o direito extracambiário ou extracambiariforme que fixa os pressupostos à anulabilidade do ato cambiário, ou cambiariforme, do vinculado como simulado, ou dos seus efeitos. Se ocorrer diferença entre o estatuto do ato unitário do título cambiário ou cambiariforme e o estatuto do ato jurídico a que se quis dar a capa de letra de câmbio ou de duplicata mercantil, ou de cheque, temos de consultar êsse estatuto, que é o estatuto do negócio subjacente, simultâneo, ou sobrejacente, ou dos negócios jurídicos protegidos contra a simulação.

Se a simulação tem por fito ocultar incapacidade ou falta semelhante, é alegável pelo próprio simulador, porque, aí, passa à frente a *exceção de incapacidade,* que é em verdade o que se alega. Não será alegável naqueles casos em que o relativamente incapaz, dizendo-se capaz, ou o que precisa de autorização, dizendo-se autorizado, se vincula. Então, não podem invocar a incapacidade, porque a lei, *in casu,* os considera capazes.

Se foi simulada a data (antedata, pós-data), com o fito de se ocultar incapacidade, ou para se aparentar existência de autorização, ou consentimento indispensável ao ato, o simulador é autorizado a opor a simulação, porque também se trata, em qualquer dessas espécies, de ocultamento de incapacidade, ou de falta de autorização ou consentimento. Salvo, está visto, quando, com a aparência da capacidade ou da existência da autorização ou do conhecimento, o aparente vinculado, em virtude dos princípios de direito cambiário, ou cambiariforme, fica ligado ao título.

No direito brasileiro (Código Civil, art. 105), se houve intuito de lesão de interêsses de terceiro, êsse terceiro (23

Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 13 de setembro de 1912, *R. D.,* 26, 379, 23 de novembro de 1928 e 14 de outubro de 1930; 53 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 20 de abril de 1931

e 23 de junho de 1932; Côrte de Apelação de São Paulo, 3 de agôsto de 1934), e só êle (Câmaras ReUnidas, 14 de dezembro de 1910, e 23 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 31 de julho de 1908, *R. de D.,* 10, 90; 13 Câmara Cível da Côrte de Apelação do" Distrito Federal, 23 de setembro de 1918, 50, 590), pode pedir a *anulação* (inconfundível com a *decretação de nulidade,* que supóe ser nulo o ato), ou, se houve intuito de infringir regra de lei, o representante do Poder Público ou da Fazenda (Câmaras ReUnidas, 1.0 de julho de 1908, e 13 Câmara Cível da Côrte de Apelação do

Distrito Federal, 20 de novembro de 1905, *1?. de li.,* 10, 90).

4.SIMULAÇÃO DO LUGAR DA CRIAÇÃO. A simulação do lugar da criação, só por si, é *inoperante* (quer quanto aos possuidores de boa fé, quer quanto aos possuidores de má fé,. inclusive entre partes em contacto), *como defeito do ato juridico.* É possível haver interêsse em se dar a titulo cambiário, ou cambiariforme, a lei de outro Estado, e não há texto expresso de direito cambiário que fulmine com a invalidade a simulação do lugar da criação. Outra questão é a da atacabilidade de tal ato por parte do terceiro prejudicado, quer se trate de credores, quer de prejudicado pela *fraus legis,* quer por parte da Fazenda, se, *e. g.,* com a simulação, se quer obter o não-pagamento de impôsto, provàvelmente de sêlo. Aliás, a investigação do verdadeiro lugar em que se criou um título cambiário, ou cambiariforme, aceita em sua generalidade, seria nociva à dogmática do direito cambiário, ou cambiariforme.

Tem-se dito que há exceção: a simulação de lugar é alegável pelos vinculados anteriores a ela, contra o portador que lançou o lugar falso, ou sabia do lançamento. É exceção só aparente, porque, aí, não se trata de simulação de lugar; trata-se, evidentemente, de uso indevido do direito de enchimento do titulo, com a exceção peculiar regida pelos princípios concernentes aos títulos em branco.

Em tudo isso, o que se deve ter em vista é que a sorte do ato cambiário, ou cambiariforme singular, no que êle produz de vinculação, está exposta ao que determinar o direito que rege a simulação, desde que não atinja o possuidor de boa fé (2? Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 2 de junho de 1916). O direito cambiário ou cambiariforme deixa o *branco.* Dentro dêle, o direito extracambiário, ou extracambiariforme, decide como bem entende. Mas somente dentro dêle.

5.SIMULAÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDORES. A simulação, em direito cambiário, está quase sempre ligada à fraude contra credores, devido a tratar-se de títulos abstratos, a cuja forma se recorre para os efeitos de assunção de vinculação a que deveria corresponder negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, perfeitamente eficaz. Nos chamados *titulos de favor* estão os mais encontradiços exemplos de fraude contra credores mediante simulação. Mas seria êrro dizer-se que todo titulo de favor implica fraude contra credores, ou, sequer, simulação.

Oque assina de favor pode querer vincular-se, sem outra causa que o obséquio mesmo, e aí não há simulação, nem fraude contra credores. Donde ser perigosíssimo, sem precisa delimitação dos têrmos, estar-se a reproduzir, com ementas de jurisprudência, ou com trechos de dispositivos de sentenças, pretensa doutrina dos títulos de favor, que constituem nome de diversissimas categorias de assunções de vinculações cambiárias. Por isso mesmo, trataremos, após a simulação própria-mente dita, da fraude contra credores, dedicando certa atenção, em seguida, aos títulos de favor. Cumpre notar que, na fraude contra credores, só os credores são os prejudicados, ao passo que, na simulação impugnável, pode haver prejudicado credor e prejudicado não-credor. Demos exemplo. Se o marido de mulher desquitada simula letras de câmbio, ou notas promissórias, duplicatas mercantis ou cheques, anteriores ao desquite, a fim de que se dê a execução sôbre os bens comuns, não se pode cogitar de fraude contra credores, mas, tão-só, de simulação. Cf. 2? Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 23 de abril de 1931, com os seguintes considerandos:

"Considerando que a jurisprudência dos tribunais tem assegurado à mulher desquitada o direito de defender os bens comuns do casal mesmo contra o marido, quando dêle judicialmente separada; Considerando que as provas dos autos denunciam perfeita simulação do marido para alienando imóveis do casal por meio de execução judicial prejudicar a espOsa, que é autora na ação de desquite contra êle; Considerando que a autonomia conferida pela lei à nota promissória, como título de dívida líquida e certa, não impede seja verificada por terceiros a causa da dívida; Considerando que, em tais condições, apurada a fraude do marido contra a mulher, é esta considerada terceiro em relação aos bens do casal, que se pretendia vender clandestinamente; Considerando que, admitida a execução, seria sacrificada a partilha dos bens, a ser realizada em conseqUência do desquite; Considerando que o exeqilente, quando real fôsse a divida, não seria prejudicado, de vez que poderia executar os bens próprios do marido, que lhe serão partilhados após o desquite..." No mesmo sentido, há farta jurisprudência.

Aliás, a simulação pode dar-se ainda antes de ser julgado o desquite, conforme a jurisprudência tem assentado

<2? Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 23 de novembro de 1928 e 14 de outubro de 1930; 5? Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 25 de junho de 1982; COrte de Apelação de São Paulo, 3 de agOsto de 1934). É digno de nota o acórdão da 2? Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal,

a 14 de outubro de 1930, no qual, depois de se dizer que a simulação não se presume e, pois, precisa de provas, se discorre: “Concedendo ao juiz o arbítrio de julgar por indícios, a lei obriga-o, no entanto, a deduzi-los.

Estabelecido o principio em têrmos indeterminados, a dificuldade consiste em saber qual a natureza, a qualidade e o número de fatos constitutivos da simulação ou da fraude, desde que não poderia haver regras absolutas, por isso que cada espécie tem os seus caracteres especiais. Ao juiz incumbe, por essas razões, apurar a verdade, empregando o seu prudente arbítrio no julgar dos fatos submetidos ao seu exame, de acOrdo com as inspirações de sua consciência. Do exame da prova enfeixada nos autos resulta a convicção de que o crédito representado pela promissória de fís. é simulado. E essa convicção se justifica em face dos seguintes fatos que podem ser assim enumerados: 1.0, estar o executado sendo acionado por sua mulher, que lhe move uma ação de desquite na 5?

Vara Cível, e daí haver uma causa racional de simular; 2.0, multiplicidade de créditos representados todos por notas promissórias emitidas pelo executado; 39, simultaneidade de execuções movidas contra o executado, fundadas também tOdas em notas promissórias de emissão dêle; 49, terem sido iniciadas tOdas essas ações depois de proposta a ação de desquite; 5□O, emissão de tais títulos sem as garantias normais; 6.0, o valor elevado dos créditos, sem garantias Cr$ 85.500,00 para um modesto funcionário público, que exerce o cargo de 89

escriturário da Recebedoria do Distrito Federal; *7~O,* finalmente, não ter o executado nada alegado em sua defesa, deixando correr esta ação à sua revelia. Tais indícios geram a convicção no espírito menos prevenido de que houve simulação da dívida. Assim julgando, condenam o agravado nas custas”.

Grave confusão é a que consiste em dizer-se que, provada pelo terceiro, inclusive a Fazenda, a simulação, nula é a vinculação cambiária ou cambiariforme em relação a quaisquer pessoas. Assim, se a pessoa cria títulos cambiários ou cambiariformes a favor de E, com intuito de lesar a C, e B endossa o título a D, possuidor de boa fé, a alegação provada, quanto ã simulação entre A e B, por parte do terceiro C, atinge o direito de D. Tal afirmação não é verdadeira, porque, se não há motivo para ser conhecida do possuidor de boa fé (se há motivo, não está de boa fé), a proteção aos credores contra os atos fraudulentos ou simulados dos devedores, ou a proteção de qualquer terceiro contra o ato simulado, não pode ter o efeito de

prejudicar outros terceiros de boa fé *ex tkesi,* protegidos por um direito especial, firmado, como é de definição, na aparência mesma do título. Nem o titulo é atingido, como ato unitário, pela decisão que julgar simulada a assunção da vinculação cambiária entre o simulante e aquêle com quem tratou, ou que se aproveitou, conhecendo a simulação, do ato simulativo (possuidores de má fé), nem é atingido o direito do possuidor de boa fé, quer contra os endossantes, quer contra o que assumiu a vinculação simuladoramente, quer contra os seus avalistas. O direito do possuIdor de boa fé não é, de modo nenhum, direito derivado: conforme muitas vêzes temos dito, nasce êle com a posse, de boa fé, do título com a aparência eficaz.

6.NECESSIDADE DE SE NÃO CONFUNDIR A ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO COM A ALEGAÇÃO DE

FALTA DA CAUSA. Cumpre não se confundir a alegação de falta de causa, que é *exceção oponível entre partes em contacto,* ou, se o direito extracambiário ou extracambiariforme o permite, em relação aos possuidores de má fé, com a *alegação de simulação ,* que constitui ação do terceiro prejudicado contra o vinculado cambiário e o possuidor do titulo, que com tal vinculado cambiário tratou, ou que estava de má fé ao tempo da aquisição do titulo. Pelo fato de, quase sempre, nos casos de carência de causa, carência que só se pode referir ao negócio subjacente, simultâneo, ou sobrejacente, ter-se criado título, simulando-se a existência de alguma vinculação subjacente, simultânea ou sobrejacente, ou algum recebimento de dinheiro, toma-se como simulada a vinculação cambiária. Os que incidem em tão grave êrro não atendem a que a simulação só é alegável pelo terceiro. As exceções causais, ou de falta de causa entre as partes, se o direito extracambiário, ou extracambiariforme, o permite, são contra o possuidor de má fé. A respeito de figurante de negócios jurídicos cambiários, a simulação pode ser, quando muito, associada a *pactum de non petendo,* que precisa ser provado.

7.VÍCIOS A SEREM EvITADOS. A fraude contra credores nada tem com as defesas oponíveis pelo vinculado cambiário. A respeito, as confusões, assim na doutrina como na jurisprudência, têm sido assoberbantes, bem que se trate de êrro grosseiro. O vicio, em que consiste a fraude contra credores, é vício alegável pelos credores, isto é, por todos aquêles que têm crédito a que ofendeu a assunção da vinculação por parte do criador do título, ou por parte de qualquer outro vinculado cambiário ou cambiariforme. Se de tal vício se cogita quando se está a tratar das defesas oponiveis pelo vinculado,

evidentemente se postergam os princípios mais relevantes do direito cambiário ou cambiariforme. Na discussão de tal vício, não há luta entre o vinculado e o possuidor; há luta entre o prejudicado pela fraude, de um lado, e, de outro, o vinculado cambiário fraudante e o possuidor. Não é o artigo da lei cambiária, sObre defesas, que se tem de invocar; os textos aplicáveis são os que atacam a fraude contra credores, textos que se não acham no direito positivo sObre letra de câmbio e nota promissória, ou sObre duplicata mercantil, ou sObre cheque.

O direito brasileiro tem reconhecido a atacabilidade da vinculação cambiária ou cambiariforme por fraude contra credores, às vêzes com indiscutível pertinência, tratando-a segundo os princípios que a regem (COrte de Apelação de São Paulo, 25 de março de 1936, *1?. dos T.,* 100, 485, 487). O assunto merece trato especial, principalmente por envolver grande parte dos problemas ligados aos títulos de favor, ou às firmas de favor. Aliás, qualquer exposição de princípios quanto aos títulos de favor, ou às vinculações de favor, que não distinga a impugnação contra o vinculado e o possuidor (fraude contra credores) e a impugnação por parte do vinculado, constitui desserviço à doutrina. O direito cambiário só se tem de ocupar com a impugnação pelo vinculado, para se saber se a exceção de título de favor, ou de firma de favor, é oponível ao possuidor que foi parte no negócio (desde que se trata de defesa de direito comum, porém cuja admissão depende do direito cambiário, é a êsse direito que temos de perguntar qual a sua extensão subjetiva), ou se oponível a qualquer possuIdor do má fé, ou, o que seria absurdo, contra qualquer possuidor.

8.A FRAUDE CONTRA CREDORES E O DIREITO CAMBIARIO No direito extracambiário, ou extracambiariforme, e não no direito cambiário, ou cambiariforme, é que devemos buscar os princípios que regem a fraude contra credores. O pressuposto único, que se encontra no direito cambiário, é o de se permitir o ataque à vinculação cambiária ou cambiariforme. Pressuposto, aliás, negativo, porque consiste em dizer o direito cambiário, ou cambiariforme, que se abstém de proteção em relação a certos possuidores (noutros têrmos: o direito cambiário só exclui o ataque aos possuIdores de boa fé). Depois de tal resposta do direito cambiário, é que emerge o direito extracambiário, ou extracambiariforme, fixando os pressupostos materiais da fraude contra credores, pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos. Nem sempre o direito extracambiário, ou extracambiariforme, suscetível de incidência, é o direito brasileiro. Por outro lado, se o direito comercial, ou outro ramo do direito, possui regime jurídico da fraude contra credores diferente do regime

estabelecido no direito civil, ter-se-á de discutir qual o ramo do direito que deve ser invocado como direito extracambiário, ou extracambiariforme, regedor, *in casu,* da fraude contra credores. Para simplificarmos o problema, cogitemos apenas do direito extracambiário ou extracambiariforme brasileiro, nos dois ramos normalmente invocáveis, o civil e o falencial.

9.O DIREITO CIVIL E A FRAUDE CONTRA CREDORES. "Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida", diz o Código Civil, no art. 106, "quando os pratique o devedor já insolvente, ou por êles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos <art.

109)". E no art. 107: "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência fOr notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente". Quanto à legitimação passiva, quer nos casos do art. 106, quer nos casos do art. 107, o Código Civil, art. 109, é claríssimo: "A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com êle celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má fé". Dai logo se tira, e é o que mais nos importa, na exposição do direito extracambiário, ou extracambiariforme, que se não pode intentar a ação de fraude contra credores, quer com fundamento no art. 106, quer com fundamento no art. 107, contra os possuidores de boa fé. Em conseqüência disso, o que cria nota promissória, ou letra de câmbio, ou duplicata mercantil, ou cheque, para prejudicar credores, fica obrigado perante os possuIdores de boa fé. Em relação aos possuIdores de má fé, contra os quais a ação é proponível, a obrigação é sem eficácia, desde o momento em que se declara anulada. (Dificuldade surgiria se o direito extracambiário ou extracambiariforme permitisse a propositura da ação contra os terceiros adquirentes de boa fé; mas, ainda, aí, a dificuldade só seria aparente, porquanto se haveria de entender o texto da lei de direito extracambiário ou extracambiariforme como não referente aos possuidores de boa fé dos títulos cambiários, que não são prôpriamente terceiros adquirentes, mas titulares de um direito que lhes nasceu da aparência do título e da sua posse de boa fé.)

Estabelecido que, quanto aos possuidores de má fé, o direito extracambiário ou extracambiariforme sObre fraude contra credores pode emergir, o direito cambiário ou cambiariforme desinteressa-se de tudo que o direito extracambiário ou extracambiariforme entenda dispor como disciplina da ação; de modo que são inteiramente

aplicáveis as regras do Código Civil, arts. 106-118.

§ 4.158. Concurso de credores

1.DIREITO FALENCIAL, LIQUIDAÇõES E CONCURSO DE CREDORES CIVIL. O direito falencial inspira-se noutros princípios que os do direito extracambiário ou extracambiariforme comum. Assim, segundo o Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, no qual se diz que "ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos" (art. 28), há regras jurídicas que excluem certos créditos contra o falido. Não se trata de afirmação da não-existência da vinculação, mas da sua extraneidade em relação à falência (art. 28, parágrafo único), ou da inexistência de efeitos relativamente à massa (art. 52).

a)Lê-se no art. 28, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.661: "Não podem ser reclamadas na falência: 1, as obri..

gações a titulo gratuito e as prestações alimentícias; II, as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa; III, as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas". O inciso 1 não interessa ao nosso problema; uma vez que o título cambiário ou cambiariforme é título abstrato, aplica-se-lhe o inciso 1, relativo a créditos por títulos de doação, ou por prestações alimentícias. Os incisos II e III são evidentemente estranhos à matéria.

b)Ao tratar da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência, a lei falencial (art. 52) estatuiu: "Não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção dêste fraudar credores: 1, o pagamento de dívidas não-vencidas realizado pelo devedor dentro do têrmo legal da falência, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II, o pagamento de dividas vencidas e exigíveis realizado dentro do têrmo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III, a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do têrmo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes dêsse têrmo; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV, a prática de atos a título gratuito, salvo os referentes a objetos de valor inferior a Cr$

1.000,00, desde dois anos antes da declaração da falência; V, a

renúncia a herança ou a legado, até dois anos antes da declaração da falência; VI, a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcial; VII, as inscrições de direitos reais, as transcrições de transferência de propriedade entre vivos por titulo oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do seqUestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do Ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário e a falta da tanscrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde bastar o que se apurar na venda do imóvel; VIII, a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a êsse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de trinta dias, nenhuma oposição fizeram os credores à venda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos".

A não-produção de efeitos nos casos do art. 52 é independente de ter havido, ou não, o intuito de fraudar credores.

É inconfundível, portanto, com a não-produção de efeitos por motivo de fraude, que é regulada no art. 53.

c> Diz o art. 53 do Decreto-lei n. 7.661: "São também revogáveis, relativamente à massa, os atos praticados com a intenção de prejudicar credores; provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com êle contratar". Se compararmos tal artigo com os arts. 106, 107 e 109 do Código Civil, veremos que, quanto à forma, não são superponíveis. Resta saber se, quanto à significação das suas regras, a despeito da diferença de forma, dizem o mesmo.

2.AINDA O DIREITO FALENCIAL. Quanto às espécies apontadas na letra b), cumpre atender-se à diferença de tempo entre os atos previstos no inciso IV do art. 52 e os pagamentos referidos nos incisos 1 e II. O inciso IV

alude a época, anterior à data da declaração da falência, compreensiva de dois anos, sendo a decretação mesma da falência o têrmo final. Os mci-505 1 e II reportam-se ao *término legal* da falência, que não pode ser maior de sessenta dias, contados daquele em que foi interposto o primeiro protesto por falta de pagamento, ou daquele em que foi despachado o pedido inicial de decretação da falência, ou da distribuição do pedido de concordata preventiva.

É mister não se confundir a revogação, quaisquer que sejam os pressupostos, em matéria de falência, com a ação de anulação, na sua estrutura romana. Não se atinge a vinculação; atingem-se os seus efeitos, no concurso creditório. Se é certo que, nos casos do art. 53, se exige o *consilium fraudis,* o que faz diferente da revogação falencial a ação de anulação que inspirou certos princípios àquela, não é menos certo que são insuperponiveis, no tocante à existência mesma da vinculação. Por isso, o estatuto da vinculação é um e o estatuto da revogação é outro. Mais ainda: são possíveis duas ações em que a fraude seja invocada, a ação do direito que regeu a vinculação e a ação do direito falencial.

Os atos enumerados acima, em 14, são contrários ao *principio de igualdade entre os credores,* por desviação ou empobrecimento do patrimônio do falido. Não importa se, no momento de realizar o ato, aquêle que estêve em contacto com o falido se achava de má fé, porque a lei não leva em conta o elemento subjetivo. O seu fito é salvaguardar o principio da igualdade entre os credores, objetivamente, como expressão mesma de corte absoluto de efeitos. Dissemos "de efeitos", porque o ato subsiste como ato criador de vinculação. Em relação à massa é que êle não pode pretender atuar no cômputo dos que concorrem.

Passemos a examinar os incisos 1, II e IV do art. 52, apontados acima.

3.EFEITOS DA OBRIGAÇÃO E EFEITOS DOS PAGAMENTOS. Os dois primeiros incisos só se referem a pagamentos, de modo que não se cortam, sequer, os efeitos da obrigação. Cortam-se, sim, os efeitos dos pagamentos. A distinção é de grande importância, ainda quando se trate de vinculação cambiária ou cambiariforme. Os pagamentos de dividas não-vencidas, chamados pagamentos por antecipação, são tidos pela lei falencial como liberalidades, ainda quando indiretas, e subtraem o credor, que os recebeu, à sorte da falência; mas isso só se dá com exclusão de efeitos em relação à massa, se realizados no período suspeito, isto é, "dentro do têrmo legal da falência" (art. 52, 1). A lei não leva em conta qualquer elemento subjetivo: desde que o pagamento foi de dívida não-vencida e feito no têrmo legal da falência, não produz efeitos relativamente à massa.

Violando o principio de igualdade entre os credores, o vinculado cambiário, que paga, dentro do período suspeito, a vinculação não-vencida, revela-se injusto, e a lei falencial apara as consequências da sua injustiça, restabelecendo o plano igualitário do concurso. A expressão "pagamento" ter-se-ia de entender compreensiva de qualquer extinção do crédito, ainda que por meios coativos. Em todo

caso, a lei falencial foi explícita: “por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título”. Assim, se o devedor pagou por meio de desconto de título, tal pagamento não tem efeitos relativamente à massa; pois que pagar com títulos é, embora elipticamente, pagar (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1894). Também se incluem o pagamento por meio de endôsso, o que é de grande relêvo em assunto de direito extracambiário e extracambiariforme.

4.PERÍODO LEGAL DA FALÊNCIA. Os pagamentos de dívidas vencidas e exigíveis, realizados dentro do têrmo legal da falência, por qualquer meio que não seja o previsto pelo contrato, não produzem efeitos relativamente à massa (Decreto-lei n. 7.661, art. 52, II). Também aqui não se cogita, sequer, de corte de efeitos da vinculação; mas de corte de efeitos aos pagamentos. Entende a lei que o pagamento feito sem ser de acôrdo com o que de ordinário acontece é suspeito e injusto. Quem deve dinheiro e paga cm mercadorias, isto é, com objeto que não é dinheiro, nem efeito de comércio, incide na mesma falta. Quem deve coisa e pag.a com dinheiro, ou em títulos comerciais, expõe-se à mesma vigilância da lei. Já no direito romano se dizia que nenhum dolo faz quem recebe o que lhe é devido. Não se poderia dizer o mesmo daquele que recebeu o que se lhe não devia. Assim, se o falido passou procuração ao credor para que recebesse alugueres de prédios, seus, até que se pagasse da dívida, temos exemplo típico da infração (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agôsto de 1904, *São Paulo Judiciário,* V, 896 s.), do art. 52, II; mas, se o credor já era, antes, procurador do vinculado, não se pode dizer que tenha pago com os alugueres: pagou, então, com o dinheiro que havia em poder do seu credor.

Quem deve dinheiro pode pagar com títulos de comércio, tais como letras de câmbio e notas promissórias, quer se trate de títulos da sua criação, quer de títulos da criação de outrem, mas, se de sua criação, ficam expostos tais atos a serem atacados como infringentes do art. 52, II. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial brasileiro,* VII, Livro V, Parte 1, 528) pensava diferentemente: “Permite a lei o pagamento em títulos de comércio (letras de câmbio, notas promissórias), porque êsses títulos contendo boas firmas circulam na praça como dinheiro. Certo é, porém, que adotando essa forma de pagamento, não devem o credor e o devedor fraudar a lei. Se o devedor aceita letras de câmbio ou emite promissórias correspondentes às dívidas vencidas e exigíveis, sobrevindo a falência antes do vencimento, nenhum prejuízo ou incômodo sofre a massa, e êsse ato de modo algum pode ser revogado. O art. 52, II, da lei não se

refere a êsse caso, mas a pagamento feito com títulos em carteira".

5. ATOS A TÍTULO GRATUITO. Os atos a título gratuito, salvo obediência à lei, ou se se referirem a objetos de valor menor de Cr$ 1.000,00, desde dois anos antes da declaração judicial da falência, façam ou não parte de contratos onerosos, não produzem efeitos relativamente à massa. Supóe-se, todavia, que o devedor, ao tempo em que foram praticados os atos, exercesse o comércio. Também aqui todos os pressupostos são objetivos. Não há nenhuma investigação do "intuito" de fraudar.

Quanto aos atos cambiários, é preciso atender-se a que são êles abstratos, não se lhes podendo investigar a onerosidade ou a gratuidade. Em todo caso, provado que o título foi criado, ou que o ato cambiário sucessivo foi praticado sem recebimento de equivalente (contraprestação), é possível excluir-se o efeito relativamente à massa, mesmo porque o direito cambiário não protege possuidores de má fé. Resta o problema dos títulos já em poder do possuidor de boa fé. Aqui, a abstração do título repele a aplicação do art. 52, IV: se gratuidade houve, não foi para com o possuidor de boa fé; mas sim para com aquêle que foi beneficiado com a liberalidade.

6.A AÇÃO PAULIANA E A AÇÃO REVOCATÓRIA; SUCESSÃO MORTIS CAUSA", ETC. Agora, cabe-nos versar os casos apontados na letra c), a que se refere o art. 58 do Decreto-lei n. 7.661. É comum a todos êles a necessidade de se provar o intuito. O elemento subjetivo esponta, à semelhança do que ocorria na ação pauliana. Não se trata de atos jurídicos praticados depois da abertura da falência, atos que seriam ineficazes.

Trata-se de revogação, ou, melhor, de corte de efeitos relativamente à massa. O ato não deixa de existir, não se vai, investindo-se no tempo, até o nascimento dêle, para se lhe decretar a anulação, menos ainda decretar-lhe a nulidade. O fundamento da lei não é o de presunção de serem a titulo gratuito tais atos. Se gratuitos fôssem, já estariam afastados os seus efeitos em virtude do art. 52, IV.

O elemento subjetivo é o *consilium* do que se obrigou e do que com êle contratou. Enquanto, no tocante a atos a título gratuito, basta a prova do enriquecimento do terceiro, aqui é de mister a prova da fraude e do *consilium.* Em assunto de vinculação cambiária, cabe perguntar-se se a ação pode ser movida contra o terceiro possuidor do titulo, isto é, contra aquêle que não contratou (negócio subjacente, simultâneo ou

sobrejacente) com o vinculado cambiário incurso em falência.

Há diferença de textos entre a ação anulatória do Código Civil, art. 109, e a ação revocatória do art. 58 do Decreto-lei n. 7.661. Diz o art. 109 do Código Civil: "A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com êle celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má fé". E o art. 58 do Decreto-lei n. 7.661: "Também são revogáveis, relativamente à massa, os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se fraude do devedor e do terceiro que com êle contratar". Note-se que a lei falencial somente falou dos contraentes. Pergunta-se: ~ a ação do art. 58 pode ser proposta contra o que não foi contraente? Aplicando-se às espécies que nos interessam (vinculações cambiárias) : ~a ação do art. 58 pode ser proposta contra aquêle que não estêve em contacto com o posteriormente falido? Não serve de elemento de interpretação haver, no art. 109 do Código Civil, referência a

"terceiros", e em não na haver no art. 58 do Decreto-lei n. 7.661, porque "terceiros adquirentes", no art. 109, são terceiros em relação ao credor e ao devedor insolvente, e não terceiros em relação àqueles que contraíram com o devedor. É evidente que a expressão empregada pelo art. 109 é mais geral; a referência a "contratar", contraentes, no art. 58, parece restringir.

No art. 55, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.661, diz-se que a ação revocatória pode ser proposta: "1, contra todos os que figuraram no ato, ou que, por efeito dêle, foram pagos, garantidos ou beneficiados; II, contra os herdeiros e legatários das pessoas acima indicadas; III, contra os terceiros adquirentes: *a)* se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do falido de prejudicar os credores; *b)* se o direito se originou de ato mencionado no art. 52; IV, contra os herdeiros e legatários das pessoas indicadas no número antenor". Uma vez que a lei mesma fixou a legitimação passiva da ação, deu resposta explícita à primeira questão que levantamos, isto é, a de se saber se a ação do art. 58 pode ser proposta contra o que não foi contraente. O inciso III do art. 55, parágrafo único, abre a válvula à propositura contra os terceiros mediatos, isto é, aquêles terceiros que são terceiros em relação ao devedor insolvente e o que com Ale contratou. Segundo *a),* basta ter tido conhecimento, no momento em que se criou o direito, da intenção do falido de prejudicar os credores. Se passamos à segunda questão, quer dizer a de se saber se a ação do art. 58 pode ser proposta contra aquêle que, nas vinculações cambiárias, ou cambiariformes, não estêve em contacto com o posteriormente falido, temos que o terceiro será, na hipótese do inciso III, a), possuidor de

má fé, contra o qual se admite, no *branco* deixado pelo direito cambiário, ou cambiariforme, a atuação do direito extracambiário, ou extracambiariforme, que é, na espécie, a Lei de Falências, art. 55, parágrafo único, III, a).

Quanto à sucessão *mortis causa,* não nos interessa, pelos princípios mesmos do direito moderno, no tocante à transmissão dos direitos e das situações jurídicas.

O que importa é que a ação revocatória nenhuma pertinência teria contra o possuidor de boa fé, se adquirida *inter vivos* a posse. Aqui, nenhuma discordância se nos depara entre a lei falencial e o direito cambiánio ou cambianiforme < 2.a Cámara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 2 de junho de 1916, *1?. dos 2*"., 41, 681). Se existisse, teríamos de pôr o problema de ser ou não ser possível intentar-se a ação revocatória contra o possuIdor de boa fé (terceiro *mediato* de boa fé). De regra, a solução, no terreno interpretativo, seria a de se não atender ao texto da lei falencial contra o possuidor de boa fé do titulo cambiário, ou cambiariforme, por se tratar de regra jurídica especial à qual normalmente não haveria de derrogar o direito também especial dos textos sôbre falências.

Volvendo ao texto do Código Civil, verifica-se que outra não deve ser a interpretação do art. 109, a despeito de se não haver adotado a mesma explicitude do art. 55, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.661.

Assim, o terceiro não possuidor do titulo cambiário ou cambiariforme pode alegar a simulação da dívida se o possuidor do título está de má fé, *e. g.,* se há relações estreitas entre o vinculado cambiário ou cambiariforme e o titular do direito cambiário ou cambiariforme e se há fortes indícios de simulação < Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de agôsto de 1980), ou de fraude contra credores ( □

5 ~ Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito

Federal, 20 de abril de 1981, *1?. dos 2*"., 101, 521).

7. ÔNUs DA PROVA; PRESUNÇõES. Ao autor, em se tratando de ação revocatória, é que cabe o ônus da prova da intenção do devedor ou do terceiro imediato ou mediato. Prova de fato, que é o *consilium* mesmo, ou má fé.

Cabem quaisquer meios de prova, sendo de notar-se que já é má fé fazer-se qualquer coisa contra proibição de lei (Ordenações Filipinas,

L. li, Título 58, § 59), e importa o mesmo que fraudar, diretamente, o permitir-se a fraude (Alvará de 16 de janeiro de 1751, Cap. II, § 29). Não se poderia exigir à fraude, que é, de seu natural, dissimulante e cautelosa, prova comprida, fora de qualquer dúvida, completa e imediata. São suficientes indícios e presunções, desde que alcancem certo grau de *gravidade,* de *precisdo* e de *concordância.* Seria impossível imaginar-se, em tôdas as suas modalidades, a prova *ex indiciis.* Uma das regras, porém não absoluta, é a de que, sendo entre próximos parentes o negocio, fraudulento se presume *(Fraus inter proximos facile praesumitur).* Todavia, como, a propósito de letras de câmbio e notas promissórias, duplicatas mercantis e cheques, os casos como que se escalonam, é interessante apontar-se o que mais vulgarmente ocorre e tem sido examinado pela jurisprudência.

Nem sempre basta um motivo. Por outro lado, a fôrça da presunção cresce quando se acumulam os indícios, isto é, quando são muitos os atos praticados pelo declarante para o encobrimento da verdade.

Os indícios principais e, pois, os fundamentos das presunções, são os seguintes: *a)* assunção da vinculação cambiária nas proximidades da falência (2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de junho de 1910, *R. de O.,* 17, 175; 9 de maio de 191~3, 28, 527 5.; 24 de julho de 1914, 37, 872 5.; 25 de setembro de 1917, 47, 162) ; b) carência ou desconhecimento da origem da vinculação cambiária, ou cambiariforme, ou falta de negócio no tocante ao negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, assunto em que há muita desatenção por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, que fala, a respeito, contra os princípios de abstração do título cambiário ou cambiariforme, de falta de causa da vinculação cambiária ou cambiariforme (2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 2 de julho de 1915, *R. de O.,* 88, 871 5.; 25 de setembro de 1917, 47, 168, 164) ; o) falta de relação entre os negócios do titular do direito cambiário ou cambiariforme e os negócios do falido (2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de junho de 1910, *1?. de O.,* 17, 175; 11 de junho de 1912, 86, 589-541; 2 de julho de 1915, 88, 371) ; *d)* desproporcionalidade entre o importe do empréstimo ou do valor do negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente e o pequeno capital do falido (2.8

Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de junho de 1910, *1?. de* O., 17, 175; 18 de outubro de 1916, 43, 522) ; *e)* não ser de se admitir, na ordinariedade dos casos, a falta de garantia normal ou usual, dado o valor do título (2.~ Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de junho de 1910, *R. de O.,* 17, 175; 9 de maio de 1913, 28, 527; 29 de dezembro de 1914, 37, 526; 2 de

julho de 1915, 88, 871, 372; 18 de outubro de 1916, 48, 522; 25 de setembro de 1917, 47, 163, 164; 80 de maio de 1919, 58, 852) ; >9 circunstância de dificultar o titular do direito cambiário, ou cambiariforme, sendo síndico, o exame do livro do falido, ou, em geral, dos seus próprios livros (2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal 11 de junho de 1912, *R. de D.,* 25, 552; 3 de julho de 1914, 86, 589-541); *g)* não constar dos livros do credor, nem dos livros do falido, a vinculação cambiária ou cambiariforme (2.a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1912, *R. de* O., 27, 592; Ii) inexplicabilidade da assunção da vinculação ou da aquisição do direito cambiário, ou cambiariforme, dadas as circunstâncias econômico-financeiras do vinculado cambiário ou cambiariforme, ou do titular do direito cambiário ou cambiariforme, isto é, boas condições do falido ao tempo em que diz ter-se vinculado ou má situação do titular do direito cambiário ou cambiariforme ao tempo do pretendido empréstimo, negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente da relação cambiária ou cambiariforme (2.a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 9 de maio de 1918, *R. de* O., 29, 181, 182; 8 de agôsto de 1916, 43, 172)

*i)* escrita feita de um jacto (2.a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 29 de dezembro de 1914, *1?. de O.,* 87, 527); *j)* amizade íntima entre o vinculado cambiário ou cambiariforme e o titular do direito cambiário ou cambiariforme.

Há múltiplas variantes dos indícios acima apontados e não são êles os únicos. Apenas quisemos mencionar alguns, mais comezinhos na prática judiciária. Outros há, como a criação de muitos títulos, pretendidamente feitos em épocas diversas, mas, provadamente, com a mesma tinta e ao mesmo tempo, a grande distância entre a data do título e a do lançamento nos livros do falido, talvez agravado o indício com a mesma diversidade em relação aos livros do titular do direito cambiário, a verificação da antedata, o desaparecimento dos livros comerciais correspondentes à operação cambiária, ou cambiariforme, como o de que se ocupou a 23 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 9 de maio de 1913, a criação e emissão do título cambiário ao mesmo titular de um titulo cambiário já vencido e não protestado (23 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de outubro de 1932, *1?. de O. C.,* III, 95).

É escusado dizer-se que se trata, em qualquer das hipóteses, de presunção simples. Não há nenhuma presunção legal. De modo que indícios fortes podem ser destruidos por outros indícios igualmente ou superiormente fortes.

Andam mal os juizes que, no fundamento das suas sentenças, emprestam ares de presunção legal a qualquer das presunções acima referidas somente pelas apontar em ementas de jurisprudência, ou em citação de livros de doutrina.

8. DIREITO CONJUGAL E MORTE DE UM DOS CÔNJUGES. Quando a vinculação é dos cônjuges, coobrigados explícitos, ou dêles, em virtude da comunhão, morto um dêles, z,demanda-se o espólio pelo débito do pré-morto (6.a Câmara Cível da COrte de Apelação, Agravo de petição n. 1.236, 2 de junho de 1936) ou o espólio e o cônjuge sobrevivente, ou só o cônjuge sobrevivente, por fôrça da solidariedade? Morto o cônjuge, a distinção dos patrimônios está feita, mas a obrigação é solidária, em qualquer das hipóteses, de modo que qualquer das três cobranças é possível.

## ATUAÇÃO DO DIREITO EXTRACAMBIÁRIO OU EXTRACAMBIARIFORME NO "BRANCO" DEIXADO PELO DIREITO CAMBIÁRIO OU PELO

## DIREITO CAMBIARIFORME

### § 4.159. Possuidor do título e devedor

#### 1.QUANDO O DIREITO CAMBIARIO OU CAMBIARIFORME SE DESINTERESSA DA PROTEÇÃO

ESPECIAL AO POSSUIDOR DO TÍTULO CAMBIÁRIO. Aqui, já não vamos tratar do ataque ao ato ou aos seus efeitos. O ato e os seus efeitos ficam incólumes. Há título cambiário, há a vinculação cambiária, há o efeito cambiário. Apenas o direito cambiário se desinteressa da proteção especial ao possuídor do titulo cambiário.

Desde que o título vale, desde que vale o ato singular cambiário, ou cambiariforme, a que corresponde a vinculação cambiária levada ao exame do juiz, nenhuma objeção ou exceção existe de ordem literal, ou, bem que não literal, concernente à validade do titulo mesmo, ou do ato singular cambiário ou cambiariforme. De regra, quando se quer elidir a afirmativa da existência de título cambiário, ou cambiariforme, de vinculação cambiária, ou cambiariforme, a objeção ou a exceção são de direito cambiário, ou cambiariforme, ou, pelo

menos, quando se trata de algum princípio superior ao direito cambiário, ou cambiariforme, oriunda de ramo do direito cuja invasão no direito cambiário ou cambiariforme é por êsse reconhecida.

Outra coisa é o que se dá quando o título vale e existe a vinculação singular cambiária ou cambiariforme. Por exemplo: se o réu alega que pagou o título, ou se alega compensação, com isso não nega a existência do título ou da obrigação singular, anteriormente; apenas afirma já tê-lo pago, isto é, solvido a vinculação, ou ter-se dado ou poder-se dar a compensação. Outros exemplos são mais expressivos: quando o direito cambiário ou cambiariforme permite que, em sendo de má fé o possuidor, possam ser invocadas certas situações entre partes ou entre partes e terceiro de má fé, não se pretende negar a existência do titulo cambiário ou cambíariforme ou da obrigação cambiária, ou cambiariforme, apenas se opõe ao autor o que o direito cambiário ou cambiariforme permite, no *branco* deixado por êle, que venha à tona.

2.O "BRANCO" DEIXADO PELO DIREITO CAMbIÂRIO OU CAMBIARIFORME. No presente assunto, o direito cambiário ou cambiariforme deixa o *branco.* Quer dizer: não exige, em proteção do possuidor, que só se aplique o direito cambiário ou cambiariforme Devido a essa atitude de desinterêsse, o direito extracambiário ou extracambiariforme emerge. Qual a extensao da defesa, depende, então, das regras especiais do direito extracambiário, ou extracambiariforme, desde que tal extensão não ultrapasse as raias do *branco* que tal direito deixou.

Não temos de falar da objeção de pagamento e da exceção de prescrição, porque o direito cambiário é que dá as normas. Nenhuma margem fica ao direito extracambiário, quanto ao pagamento em si e à prescrição em si.

Questões que poderiam surgir entrariam, necessàriamente, noutras figuras de defesa.

§ 4.160. Negócio jurídico que vem à tona

1. NEGóCIO JURÍDICO SUBJACENTE, SIMULTÂNEO OU SOBREJACENTE E ABSTRAÇÃO DO

TÍTULO CAMBIÃRIO OU CAMBIARIFORME.

Bem que válido o título e feita a vinculação cambiária, ou cambiariforme, o direito cambiário ou cambiariforme, permite, a despeito da abstração do título cambiário, ou cambiariforme, que a defesa possa consistir em investigação do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou da sua própria inexistência, desde que não se trate de possuidor de boa fé. Isso não quer dizer que, sendo de má fé o possuidor, sejam sempre possíveis as defesas ou exceções fundadas na causa

ou na falta de causa. O direito cambiário ou cambiariforme apenas se abstém da proteção. Onde êle se abstém de proteger, o direito que regeu o negócio sujacente, simultâneo ou sobrejacente, ou a própria falta de um negócio, como que sobe ao exame do juiz; mas, como sobe e até que ponto sobe, só o direito, a que nos referimos, pode decidir. Assim, se, conforme êle, não há efeitos que não sejam entre as partes contratantes, a defesa ou exceção é limitada a tais partes, e não relativa a. quaisquer possuidores de má fé. Vê-se bem a grande importância de se saber, prec‟ipua.mente, até onde vão os efeito a das regras jurídicas que governam o negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou, ainda, a própria falta do negócio.

Por se tratar de vinculação abstrata e literal, há quem pretenda, no direito brasileiro, sem qualquer meditação do problema nos outros povos, que não seja possível, ainda entre as partes em contacto, também chamadas partes imediatas, a discussão do negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou da falta de um negócio de tal ordem. A confusão é manifesta. Em assunto de exceções *ex causa,* do negócio subjacente, simultâneo, ou sobrei acente, ou ligadas à causa, há entre nós quem nunca compreende a emersão da subi acência, justajacência ou sobrejacência entre pessoas em contacto, dada a abstração do título: *e. g.,* MAGARINOS TÔRREs; e isso vale dizer que se, a certos propósitos, se aferram as soluções contratualistas em matéria de defesas causais, transformam o formalismo cambiário em parede absurda. Ainda entre partes em contacto não querem que se traga à balha o negócio subja.. cente, simultâneo ou sobrejacente (*e. g., Nota promissória,* 4.~ ed., 126, 440 s.).

Começa-se por dizer que o título cambiário não tem causa e, pois, seria absurdo discutir-se a causa de qualquer das vinculações cambiárias. Já aqui o êrro de técnica é evidente: o título cambiário, ou cambiariforme, abstrai da causa e, nesse sentido, não tem causa; isso não importa dizer-se que não exista negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, causal, ou, também êle, abstrato. A causa que vem à apreciação, quando o direito cambiário ou cambiariforme se

desinteressa da sorte do possuidor e o direito extracambiário ou extracambiariforme permite que suba a exame, é a causa do negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou a própria falta de negócio jurídico de tal ordem. Aliás, poderá vir à tona negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente abstrato, o que acontece, por exemplo, quando o réu opõe que a letra de câmbio ou a nota promissória foi criada e entregue para substituição de outra letra de câmbio, ou nota promissória, ou duplicata mercantil, vencida, tendo sido paga por outro vinculado cambiário a letra substituida, sem ciência do vinculado criador do nôvo título cambiário ou cambiariforme.

É digno de notar-se que são exatamente os insuficiente-mente informados dos princípios germânicos dos títulos abstratos que levam a conseqUências absurdas a abstração mesma do titulo. O que a abstração implica é a existência da vinculação independente de qualquer causa, nunca a legitimação de qualquer possuidor que não seja de boa fé, nem, tão-pouco, a inopombilidade de defesas entre figurantes imediatos. Entre possuidor de má fé e vinculado o negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou a falta de negócio jurídico pode vir à discussão, porque o direito cambiário ou cambiariforme se desinteressa da sorte de tal possuidor. A posse cambiária, ou cambiariforme, a posse a favor da qual se estabelece a abstração do título, é a posse de boa fé. Se o réu, vinculado cambiário, opóe ao possuidor do título que êsse o subtraira da sua gaveta, duas provas tem de fazer, que, ocasionalmente, se acham intimamente ligadas: a prova de má fé e a falta de causa; mas falta de causa, ai, significa falta de negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrei acente entre o vinculado e o portador. Se evitamos falar em causa, e falamos em negócio jurídico subjatente, simultâneo ou sobrei acente, ou em falta de negócio de tal ordem, não somente teremos seguido terminologia mais rigorosa, como também dado ao conceito a sua verdadeira extensão,

-porquanto o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, pode ser, também êle, abstrato.

Demais, quando se opóe defesa ou exceção a portador de título cambiário, ou cambiariforme, alegando-se má fé, não se excluem a cambiariedade ou a cambiariformidade e a existência da vinculação; apenas se ataca a legitimação do portador. Se se reconhece a legitimação, mas se nega que a vinculação tenha de ser executada, entre os figurantes, como seria se possuidor de boa fé fôra o portador, então se aproveita o *branco* deixado pelo direito cambiário, ou cambiariforme, dada a má fé do portador, para que por aqui se introduza odireito extracambiário, ou o direito extracambiariforme,

com as suas regras jurídicas.

2. CONFUSõES PROVENIENTES DE ESTUDOS SUPERFICIAIS. Outro ponto a que por vêzes nos referimos e constitui êrro dos que nao entenderam, nos seus devidos têrmos, a natureza da abstração das vinculações cambiárias, ou cambiariformes, está na afirmativa geral e simplista de que a nota promissória e a letra de câmbio, ou a duplicata mercantil, ou o cheque, produzem, sempre, novação. Esquece aos que nisso incidem que a novação concerne ao titulo com ela extinto, e não ao titulo que estabelece a outra e nova vinculação. O título que contém a vinculação nova é título igual a qualquer outro que antes de si não tivesse qualquer traço de negócio jurídico subjacente. E. g., se A devia prestação hipotecária a alguém e lhe entrega letra de câmbio ou nota promissória, é ao negócio jurídico básico da dívida hipotecária que tenho de perguntar se foi novada, ou não, isto é, se o título cambiário que entreguei a extingue, ou não na extingue. Tudo isso se passa sem qualquer conseqUência quanto à letra de câmbio ou à nota promissória. Certo, entre os figurantes em contacto, por ocasião da cobrança do título, pode vir à balha o negócio jurídico subjacente, mas isso ocorre quer tenha havido, quer não tenha havido novação, e exatamente para se saber qual a sorte do negócio jurídico subjacente.

A lei mesma ressalva a defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, com o que alude à possível emersão do direito extracambiário, ou extracambiariforme, entre figurantes imediatos. Não quer isso dizer que se tivesse adotado teoria contratualística da declaração cambiária ou cambiariforme. A vinculação pode existir; o que se permite é que o direito extracambiário ou extracambiariforme venha à tona.

3.NOVAÇÃO E DIREITO CAMBIARIO OU CAMBIARIFORME. A jurisprudência tem assente que não cabe, nas falências, reivindicação de mercadoria, quando se assinou letra de câmbio, ou nota promissória ou duplicata mercantil. Dai tem-se querido tirar que a criação e a emissão do título cambiário ou cambia

§ 4.161. OBJEÇÕES E EXCEÇÕES , necessàriamente, novação. Implicam, se houve efetivamente extinção da vinculação anterior, e só assim se há de entender a jurisprudência. Se não houve extinção, a vinculação anterior continua, com todas as conseqUências da continuidade.

Se a vinculação anterior não subsiste, é sem qualquer importância

indagar-se de outra coisa que do título cambiário, com cuja criação e emissão se extinguiu a vinculação anterior. Se a vinculação anterior subsiste, tanto é êrro dizer-se que a prescrição cambiária ou cambiariforme acarreta, necessàriamente, encobrimento da ação correspondente à vinculação anterior, quanto, a *priori,* afirmar-se que e sem conseqUências. A vinculação anterior, uma vez que continua, tem os seus lapsos prescritivos, sem que se afaste a hipótese de se extinguir em virtude de cláusula, com a prescrição da ação cambiária ou cambiariforme.

A vinculação cambiária é abstrata. Já no Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 250, se admitia, na ação de cobrança por título cambiário, a oposição de embargos de novação. Na doutrina brasileira, a cada momento se falou em tais embargos. A propósito, traz-se ao tapête a questão, evidentemente extemporânea, da novação em que consistiria o título cobrado. Ora, logo se vê que se não meditou, de qualquer modo, o assunto. A novação a que se referia o Reg. n. 737 e a que se hão de referir os livros de hoje é a novação que implique ter sido extinta a vinculação cambiária, isto é, a existência de negócio sobrejacente (note-se: sobrejacente) que extinguiu a obrigação do título cambiário. Porque, quando a novação é relativa à obrigação anterior, não pode constituir defesa do vinculado ao possuidor: em vez de defender-se, confirmaria o direito do portador (Supremo Tribunal Federal, *7* de junho de 1913 e 13 de junho de 1914, *R. do S. 2*". *E*"., II, 1.a parte, 344 s.).

4.A MÁ FÉ E O ExSURGIMENTO DO DIREITO EXTRACAMEIÁRIO OU EXTRACAMBIARIFORME. A má fé abre as portas, de todo, à discussão da falsidade ou da falsificação. A boa fé só éprotegida segundo os princípios que noutros lugares foram expostos e aplicados. Nada tem com isso o direito extracambiário ou extracambiariforme, salvo, no seu campo específico,o direito penal. Não cabe trazer-se à balha, para a apreciação de que se vinculou, ou não, pelo falso, o que figura falsamente no título cambiário, ou cambiariforme, qualquer principio de direito comum ou especial não-cambiário ou não~cambiariforme; só os princípios de direito cambiário ou cambiariforme podem resolver. Tão-pouco são os princípios de direito extracambiário ou extracambiariforme que decidem sôbre a vinculação daquele cuja firma, inserta no título, foi falsificada. Trata-se de questão de direito cambiário, ou cambiariforme, e só cambiário, ou cambiariforme.

A falsidade ou a falsificação *da assinatura* pode ser oposta ao possuidor de boa fé, e se não houve assunção da vinculação; mas, se a houve, só o direito cambiário, ou cambiariforme, responde, atendendo, como

tivemos ensejo de mostrar, a que deve responder pela aparência quem quer que, devendo desfazê-la, não na desfez.

A falsificação e a falsidade podem ser alegadas contra qualquer possuidor (Supremo Tribunal Federal, 6 de setembro de 1918, e sentença do Juízo federal de São Paulo, 19 de junho de 1918), de boa ou de má fé, por parte daquele que não assinou; mas a inexistência da vinculação não prejudica as outras vinculações constantes do titulo, porque as vinculaçôes cambiárias ou cambiariformes são independentes. O possuidor de boa fé e também o de má fé podem opor a ratificação por ato positivo ou por silêncio indevido, se o que não assinou prova a falsidade ou a falsificação. ~ mais do que ratificação o assistir ao falso ou à falsificação, anuindo.

## § 4.161. Objeções e exceções

1. DEFESA DO OBRIGADO E LIMITES TRAÇADOS PELO DIREITO CAMBL4RIo OU

CAMBIARIFoRME; OBJEÇÕES E ExCEÇÕES FUNDADAS NO DIREITO CAMBIÁRIO OU

CAMBL4RIFORME E OJEÇOES E EXCEÇÕES FUNDADAS NO DIREITO EXTRACAMEIJ < JiIO OU

ExThACAMBIARIFORME. O direito cambiário ou cambiariforme é que diz até onde é possível a defesa do réu, obrigado cambiário ou cambiariforme. Às vêzes cabem as objeções e exceções e as impugnativas em todo o espaço de permissão. Outras vêzes, é preciso que algum ramo do direito organize a defesa e a exceção, que podem não ser coextensivas à permissão geral regulada pelo direito cambiário ou cambiariforme. É nesse sentido que se diz ser de interpretação restrita o art. 51 da Lei n. 2.044, e não haver defesa nem exceção que nêle não caibam (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1921; Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1? de dezembro de 1922, 24 de junho de 1928, *4* de junho de 1932; Superior Tribunal de Justiça do Paraná, 6 de outubro de 1931).

Assim, são coextensivas à permissão tôdas as defesas comfundamento no próprio direito cambiário ou cambiariforme. A não-legitimação do possuidor segundo o art. 39 da Lei n. 2.044 é defesa oponível a qualquer autor de ação cambiária (Supremo Tribunal Federal, 30 de novembro de 1918, *E. E*‟., 32, 83).

Trata-se de defesa de direito material, e não de direito formal.

Mais ainda: de direito cambiário ou cambiariforme tão-so. Oendôsso-mandato, se não contém restrição, compreende o poder de cobrança judicial; outrossim, o endôsso-cobrança. Em geral, as defesas literais implicam má fé do podador,

que, *ex Iiypothesi,* não pode alegar ter confiado na aparência do titulo. Não é *alter* digno de tutela cambiária. Em todo o caso, bem que ligada a elementos formais, por vêzes é de mister produção de provas, como acontece em certos casos de textos adulterados.

As defesas não-literais da declaração cambiária ou cambiariforme dizem respeito ao exercício da ação, porém não se submetem a regime único. Se de incapacidade, são, de regra, oponíveis a qualquer possuidor. A falta de representação tem a mesma sorte. As de vício de vontade, como o êrro, o dolo, o dano ou lesão à vontade cambiária em branco, são oponiveis a quaisquer possuidores de má fé. Aí, a oponibilidade não se choca com a abstração do título. É o próprio direito cambiário que se desinteressa da proteção ao portador. Não quer isso dizer que fulmine como nulo o título, ou, sequer, a vinculação singular cambiária ou cambiariforme. Apenas, permite que se tragam à discussão fatos que se passaram entre os figurantes em contacto ou entre o vinculado cambiário e o possuidor de má fé.

É no tocante às defesas chamadas pessoais que maior papel possui o direito extracambiário ou extracambiariforme. E a razão é simples: as defesas pessoais não são defesas cambiárias ou cambiariformes. São o exemplo típico das def ena que emergem pelo espaço deixado sem proteção pelo direito cambiário, ou cambiariforme, regendo-se por outro direito, ainda que, ocasionalmente, tal direito possa ser, também êle, cambiário ou cambiariforme. Há vinculações singulares cambiárias ou cambiariformes. Apenas, o titular do direito está exposto a que, no processo, se apure a verdadeira situação entre êle e o vinculado, quer devido a modificações na relação jurídica, quer devido a contingências da causa.

2.INOPONIBILmADE DE CERTAS OBJEÇÕES E EXCEÇÕES. A inoponibilidade das objeções e exceçÕes ligadas à causa, ou à origem da vinculação, se de boa fé o possuidor, é matéria de constante, velha e reiterada jurisprudência (Relação do Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1880, 31 de maio de 1881, *OD.,* 27, 542; Supremo Tribunal de Justiça, 13 de maio de 1885, 87, 241; Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1895, 31

de março de 1897, 19 e 25 de janeiro, 9 de julho de 1898, 19 de março de 1902, „7 de março de 1903, 17 de agôsto de 1904, 11 de março, 13 de setembro e 29 de novembro de 1905, 3 de agôsto de 1907, 17 de março de 1916, 15

de fevereiro de 1918, 12 de abril e 8 de agôsto de 1933; Superior Tribunal de Justiça do Amazonas, 24 de março de 1917; Superior Tribunal de Justiça do Paraná, 22 de setembro de 1930; Relação de Minas Gerais, 3 de setembro de 1921, 17 de março de 1934). A jurisprudência do Distrito Federal é copiosa. A má fé abre válvula às averiguações (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1895, 17 de março e 11 de junho de 1916, *E. dos 2*"., 17, 288, 18, 224, 11 de outubro de 1918, 27, 404, 9 de agôsto de 1930, 75, 486, 28 de março de 1981, 77, 595).

Discute-se se as defesas ex *cansa* são oponíveis ao possuidor de boa fé se ciente da causa da criação ou do endôsso. Há quem responda que não é possuidor de boa fé, como se pretende (1. LA LUMIA, *L"Obbligazione cambiaria e ii suo rapporto fondamentale,* 259; FRANCESCO MESSINEo, *1 Titoli di credito,* 2Y ed., 1, 180), de modo que a resposta haveria de ser afirmativa; como também há quem sustente só serem tais defesas oponiveis a figurante no negócio e não aos terceiros, mesmo de má fé (L. BRtYTT, *Die abstrakte Forderung,* 248).

Parece que assim pensaram o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de agôsto de 1930; a 5? Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 18 de julho de 1931; o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 7 de outubro de 1916 e a 3 de fevereiro de 1934; o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, a 12 de novembro de 1932.

Às vêzes, excluem os tribunais os possuidores de boa fé, mas só se referem às partes, o que denuncia não terem atentado na dualidade de conceitos, partes e terceiros de má fé (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1895, G. 3., 10, 79); outrossim, parecem só as admitir entre partes em contacto: o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de fevereiro de 1924, a 28 de outubro de 1927 *(E. dos 2"., 49, 278, 64, 143)*, e a Côrte de Apelação do Estado do Rio Grande do Sul, a 17 de novembro de 1934 (3., VI, 836). O grande mal tem sido o de só se pretender dar ao assunto solução apriorística. Não há resposta *a p"riori* à questão. É preciso descer-se ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, a fim de se perguntar ao direito que o regeu até que ponto é possível que a defesa ligada à causa ou à falta

de causa venha à tona.

Contra os possuidores de boa fé nenhuma defesa ou exceção ligada à causa ou à falta de causa pode ser alegada. É

assim que se delimita o campo de permissão, que só ao direito cambiário ou cambiariforme é dado precisar. Ao direito que rege o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou à falta de negócio, só se admite a delimitação dentre os possuIdores de má fé. Uma vez que a resposta tem de ser *a posteriori,* a descida à subjacência, ou a investigação da justajacência, ou da sobrejacência, ou da carência de causa, é imprescindível, para que se saiba qual o regime jurídico da defesa ou da exceção.

3.QUANDO AS DEFESAS CONCERNENTES À CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE, SIMULTÂNEO OU SOBREJACENTE, OU Á FALTA DE CAUSA, VÉM A EXAME; ILICITUDE; DIVIDA DE JÔGO, ETC.

As defesas concernentes à causa do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou à falta de causa, podem vir a exame no processo cambiário ou cambiariforme entre o criador e o tomador, entre o sacador e o aceitante (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de agôsto de 1930, *E. dos 2*"., 75, 106), ou entre criador e aceitante ou qualquer endossante ou avalista e aquêle com que tratou. Entre partes, é sempre possível (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1895, 11 de junho de 1916; Tribunal da RelaÇÃO de Minas Gerais, 5 de setembro e 3 de novembro de 1917, 17 de março de 1914), o vir à tona o negócio jurídico simultâneo ou sobrejacente, ou a falta dêle, porque não há boa fé a ser protegida. O que tomou parte no negócio que deu origem ao título cambiário ou cambiariforme, do qual é o tomador, não se pode considerar possuidor de boa fé, para não lhe ser oposta a exceção de emissão de favor, desde que se prove ter estado a par do obséquio (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de março de 1929). Mas, é preciso ter-se sempre em vista que o direito que regeu o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrei acente, ou a falta de causa, é que decide da extensão. Somente, tal extensão não pode exceder às raias fixadas pelo direito cambiário ou cambiariforme.

A matéria da ilicitude é ligada a direito extracambiário, ou extracambiariforme, porque a letra de câmbio e a nota promissória, a duplicata mercantil e o cheque são títulos abstratos. Todo ilícito supõe concretitude. Não há abstrato ilícito. Se a vinculação cambiária ou cambiariforme é, por definição, abstrata, ôca, não é possível pensar-se

no ilícito do seu conteúdo. A ilicitude concerne ao negócio jurídico sub-. jacente, simultâneo ou sobrejacente, ou, até, à carência de negócio. Há de existir ramo do direito que regula o ilícito. Aqui, pois que já tratamos do ilícito capaz de atacar o próprio ato unitário cambiário ou a própria vinculação singular cambiária, a ilicitude constitui exceção tratável como as outras exceções de caráter pessoal.

A objeção de dívida de jôgo é objeção ligada à causa e como tal se rege. O título cambiário ou cambiariforme é abstrato, mas, entre partes imediatas, *pelo menos* (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 11 de outubro de 1919, *E. de D.,* 55, 387-392; sem razão, o voto vencido de TIro FULGÊNCIO e a opinião, a favor, de MAGARINOS

TÔRRES, *Nota promissória,* 4□B ed., 463), o direito extracambiário, ou extracambiariforme, regedor do negócio jurídico subjacente, pode vir à tona.

## § 4.161. OBJEÇÕES E EXCEÇÕES

Seria de tôda conveniência que os juizes, ao terem de apreciar defesas ou exceções, ligadas à causa, ou à falta de causa, entrassem na indagação da regra jurídica de direito extracambiário, ou extracambiariforme, que regeu o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou a carência de causa, de modo que não reproduzissem, em tom sistemático e simplista, incompatível com o assunto, que as exceções pessoais só operam entre as partes imediatas, ou partes em contacto, ou só operam em relação a possuidores de má fé, ou simplesmente cientes. Já vimos que tal apriorismo repugna ao trato das defesas pessoais, das defesas ligadas à causa ou a carência de causa.

Determinada a lei regedora da espécie, então lhes seria fácil dizer qual a extensão da objeção ou da exceção. O

que não pode continuar é essa meia-ciência de consulta a ementas de jurisprudência, como se todos os casos fôssem regidos pelo mesmo direito, como se todos os negócios jurídicos subjacentes, ou as próprias carências de causa, tivessem de caber na mesma forma de caso que uma vez foi resolvido.

Mais grave ainda do que êsse tom com que se pretende unitarizar o direito extracambiário, ou extracambiariforme, que é, eventualmente, vátio e múltiplo, por certo é o outro vício de se pretender que o direito cambiário ou cambiariforme possa responder ou deva

responder sôbre a extensão concreta das objeções e exceções pessoais. Nada tem com isso o direito cambiário ou cambiariforme, salvo dizer-se que, estando de má fé o possuidor, é possível virem à tona, *mas regidas pelo seu direito especifico,* as objeções ou as exceções pessoais.

4.INCAPACIDADE E VÍCIOS DE VONTADE; COISA JULGADA, FALÉNCIA, CONCORDATA, COAÇÁO MORAL, ETC. Ponto assaz delicado, em processo cambiário, ou cambiariforme, é o de se separarem as incapacidades e os vícios de vontade cambiária, ou cambiariforme, por definição dependentes de exame de circunstâncias relativas ao querer cambiário ou cambiariforme, e as incapacidades e os vícios de vontade na relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente. Ali, trata-se de defesas não-literais da declaração cambiária ou cambiariforme. Aqui, de defesas pessoais, no sentido lato. Se A entregou a E letra de câmbio ou nota promissória (criação ou endôsso), como sinal de compra-e-venda, e E não pode assinar o contra to <negocio jurídico básico), por ter obrado com dolo na exposição que fêz do estado das mercadorias, a alegação de vício de vontade, que se levantar no processo da cobrança da letra de câmbio ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, ou do cheque, não constitui defesa não-literal da declaração cambiária, ou cambiariforme, mas defesa pessoal, por se tratar de vício de vontade na relação do negócio jurídico sobrejacente.

Também são defesas pessoais, portanto subordinadas a algum direito extracambiário, as exceções de coisa julgada, falência, concordata, etc. Quase sempre é o direito processual que vem a exame.

Quanto à coação, decidiu a Côrte de Apelação de São Paulo que só entre partes pode ter conseqüências (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de novembro de 1913, *São Paulo Judiciário,* 83, 384, sôbre dívida de jôgo entre sacador e aceitante; Côrte de Apelação de São Paulo, 2 de dezembro de 1935, *E. dos T.,* 99, 159-160). No seu simplismo, a afirmativa é errônea. Uma vez que se trate de defeito da vontade cambiária, ou cambiariforme, a defesa é de direito cambiário. Coextensiva portanto às outras defesas de direito cambiário, e, asim, oponível a qualquer possuidor de má fé. Se defesa ligada a vício de vontade na relação do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, então é o direito respectivo, extracambiário, ou extracambiariforme, que deve decidir, e não é de se supor (pelo menos, não constitui, em direito comparado, o que mais acontece) que só entre as partes tenha consequência a coação. Aí está exemplo bem eloqUente de quanto é perigoso, sem consulta ao direito que rege o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, delimitar-se,

aprioristícamente, a extensão das defesas pessoais.

Na mesma cinca incorreu o Tribunal de Justiça de São Paulo, quanto à objeção de ilicitude, que pareceu circunscrever às partes imediatas, em quaisquer casos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de novembro de 1913, *São Paulo Judiciário,* 33, 384, sôbre dívida de jôgo entre sacador e aceitante; Côrte de Apelação de São Paulo, 2 de dezembro de 1935, *E. dos T.,* 99, 159-160). De regra, a alegação de dívida de jôgo é só entre partes, porém não existe princípio *a priori.* É preciso indagar-se da natureza do jôgo, do direito que regeu a divida de jôgo, porquanto nem tôdas as dívidas de jôgo são regidas pelo Código Civil, de que é exemplo o jôgo proxbido de bôlsa, enêrgicamente cerceado pelo direito administrativo, com conseqUências ordinàriamente abrangentes de tôdas as pessoas de má fé. Em todo caso, ainda aí não é possível resposta única para tOdas as espécies, pois o jOgo com o ouro pode não ser tratado no mesmo pé de igualdade como jOgo com simples divisas estrangeiras.

## CAPITULO III

## TAXINOMIA E REGIME DOS TITULOS DE FAVOR

### § 4.162. Posição do problema e dados críticos

1.PROBLEMA TÉCNICO DOS TÍTULOS DE FAVOR. A respeito dos títulos de favor, a meia-ciência tem ousado as afirmativas mais peremptórias: não há títulos de favor; os títulos de favor constituem títulos sem causa, entre as partes, portanto, as objeções e exceções são sempre possíveis; nem o vinculado nem terceiros podem alegar ter sido de favor o titulo. Ora, em verdade, sob a expressão "títulos de favor", muitos problemas aparecem, diversíssimos entre si, para cuja solução só análise percuciente das espécies pode levar a conclusões seguras.

Não se há de dizer que não exista titulo de favor. O título de favor é *fato* da vida diária. Dos fatos ou se afirma que produzem, ou que não produzem efeitos jurídicos, ou que só os produzem parcialmente. Não se pode dizer que determinado fato *mio* é. Ora, para se saber qual a extensão das consequências jurídicas do título de favor, se as tem, é preciso conhecer-se a categoria em que o título de favor entra. Sem a classificação dos títulos de favor, nenhuma proposição, em que o

conceito “títulos de favor” apareça, pode ter sentido exato. As ambiguidades levarão a erros sem conta. Para darmos exemplo de titulo de favor essencialmente diferente de outro título de favor, basta que imaginemos duas situações, que coincide serem as mais vulgares no trato ordinário dos negócios.

a)O criador do título cambiário fá-lo a pedido do tomador, que apenas deseja, com o crédito do criador do título, retirar dinheiro de um banco. Se ao tomador se abre falência, o criador do titulo não pode opor aos possuidores de boa fé o ter sido de favor o título criado e emitido. Essa é uma das circunstAncias em que os tribunais dizem, com censurável generalidade, bem que, *in casu,* certos, que não existe titulo de favor. b) Se é o criador do titulo que abre falência, os credores podem propor a ação revocatória contra o tomador do título ou quaisquer possuidores de má fé. Tanto existe titulo de favor, que é exatamente na circunstância de ter sido de favor o título que se funda o pedido da revogação do ato cambiário.

2.TÍTULOS DE FAVOR E MÁ FE. Sempre que o título de favor viola texto legal, ou é feito com prejuízo a terceiro, evidentemente se simulou, e cabe a ação segundo os princípios do direito comum, conforme já foi exposto.

Dada a sua natureza de título abstrato, a letra de câmbio, a nota promissória e a duplicata mercantil muito se prestam, exatamente como títulos de favor, à *fraude contra credores.* Assim, se o título de favor encobre fraude contra credores, são os princípios da fraude contra credores que devem reger a espécie. Note-se que, tanto em re1aç~o à *simulação* quanto à *fraude contra credores,* a ação do terceiro prejudicado se exerce contra o obrigado cambiário ou cambiariforme e o possuidor do título, que com tal obrigado cambiário ou cambiariforine tratou, ou que estava de má fé ao tempo da aquisição do titulo. Não há confundir-se qualquer das duas situaç5es com a do vincu]ado cambiário ou cambíaríforme que, em processo cambiário ou cambíariforme, alega tratar-se de título de favor; porque, ai, não há ataque à simulação ou à fraude contra credores: há, apenas, objeção ou exceção do obrigado cambiário ou cambiariforme contra o possuidor, objeção ou exceção ligada à causa, ou à carência de causa, regida pelo ramo do direito que disciplina a espécie. Não há luta entre o prejudicado pela simulação, ou pela fraude contra credores, e o possuidor, como se o obrigado quer, com a assunção da vinculação cambiária, ou cambiariforme, levar à execução dos bens comuns, ou da mulher, ou se quer aumentar o passivo falencial. Há, tão-sé, luta entre o obrigado e o possuidor do

titulo cambiário ou cambiariforme.

8.TÍTULOS DE FAVOR E FRAUDE CONTRA CREDORES. Tudo que se refere à fraude contra credores obtida por meio de títulos de favor escapa ao direito cambiário ou cambiariforme. Em rigor, o direito cambiário apenas diz que a simulação e a fraude contra credores, quer obtidas por meio de títulos de favor, quer por qualquer outro expediente, não podem ser opostas ao *possuidor de boa fé.* Desde que se n~o trata de possuidor de boa fé, ao direito extracambiário ou extracambiariforme é que cabe dizer da sorte do título impugnado por simulação, ou por fraude contra credores, obtida por meio de titulo de favor.

O que dissemos sôbre título de favor, isto é, sôbre título criado para favorecer a alguém, também vale para as *firmas de favor,* porquanto, em boa técnica e em terminologia exata, o que é de favor não é o titulo, e sim a vinculação singular cambiária, ou cambiariforme, quer se trate de obrigaç~o do criador do titulo, quer de qualquer outra obrigação sucessiva. A expressào "firma de favor" seria mais própria, porque abrangeria tôdas as assunções de vínculações cambiárías ou cambiariformes, sem a inconveniência de se referir ao título mesmo. Quando se diz que se impugnou por simu1açao , ou por fraude contra credores, título de favor, em verdade só se irnpugnou a firma de favor, uma vez que o título, como ato unitário cambiário ou cambiariforme, tem eficácia, néle cabendo a eficácia de quaisquer outras vinculaçôes singulares, em virtude dos postulados de direito cambiário ou de direito cambiariforme.

As vinculações cambiárias ou cambiarifonnes não se podem considerar gratuitas, pois que s~o abstratas. Por isso mesmo, não seria de admitir-se (23 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 18 de agôsto de 1914, *E. de D.,* 38, 179; 16 de julho de 1918, 49, 683-684) a incidência do art. 52, IV, do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que diz não produzirem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção désse prejudicar credores, todos os atos a título gratuito, salvo obediência à lei, ou se se referirem a objetos de valor menor de Cr$ 1.000,00, desde dois anos antes da declaração judicial da falência, façam ou não parte de contratos onerosos. E não seria isso de admitir-se, pelas razões que demos anteriormente. A ação revocatória é outro assunto

§ 4.168. Emendas à jurisprudência

1.O Limo DE UM ACORDÃO. Já vimos quanto foi errada,. no seu tom peremptório, a afirmativa que vem do acórdão da 2.~ Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, de 13 de setembro de 1912, e passou, sem a necessária crítica, através de fácil e equivoca jurisprudência. Mostramos que o título de favor às vêzes caracteriza a simulação ou a fraude contra credores, cujos pressupostos de ação cabem ao direito comum e ao direito falencial. Tratemos, agora, da possível emersão da alegabilidade, no processo movido pelo portador contra o obrigado cambiário ou cambiariforme.

Para que as firmas de favor não tivessem qualquer significação jurídica, no sentido de se não poder alegar ter sido de favor a assunção da vinculação cambiária ou cambiariforme, fôra de mister que contra os possuidores de má fé também não pudessem vir à balha quaisquer objeções e exceções causais ou ligadas à carência de causa. Entre figurantes em contacto, a regra é que sejam oponíveis tais objeções e exceções. O que se discute é se tais objeções e exceções podem ser opostas a outros possuidores de má fé, que não sejam os figurantes imediatos,. e o assunto já foi versado no Capítulo II.

Assim, está certa a jurisprudência que diz poder o aceitante opor ao sacador da letra de câmbio não ter recebido provisão e ser de favor o aceite (Relação do Rio Grande do Sul, 2 de outubro de 1888, *O D.,* 48, 268). Também o subscritor da nota promissória pode opor ser de favor a criação do título, desde que autor da ação cambiária seja o tomador, ou aquêle com que estêve em contacto o criador. A êsse respeito, é de notar-se a sentença da □

3 a Vara

Cível do Distrito Federal, datada de 4 de junho de 1918 e confirmada *(R. de 1?.,* 58, 128-124) pelo acórdão da 2.~

Câmara Cível da COrte de Apelação, a 20 de junho de 1920: argumentou ela com o princípio, errado, de que a abstração do título impede, no processo entre partes em contacto, ditas “partes imediatas”, a inquirição da causa, para o que citou o acórdão da mesma 2~a Câmara Cível, a 9 de novembro de 1915; mas, em verdade, tal sentença entrou no exame da causa e julgou certo. Isso mostra quanto tactela a jurisprudência, insegura dos princípios sendo de mister que se proceda, à aparição dos casos concretos, a melhor meditação do assunto. Certos, o Tribunal da Relação de Minas. Gerais, a 7 de outubro de 1916 (46, 416), o Superior Tribunal de Justiça do Amazonas, a 24 de março de 1917 (45, 628), e o Tribunal da Relação de Sergipe, a 10 de outubro de 1922.

Foi errada a tese de MÂGARINOS TORRES, em sentido contrário, e não é exato que o acórdão da 2.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 17 de janeiro de 1928 (89, 605), o apoiou.

No tocante à firma de favor, a jurisprudência, às vêzes certa, incorre, outras, em grave confusão. A firma de favor não pode ser oposta ao possuidor de boa fé, porque seria opor-lhe defesa fundada em relação entre o sacador ou subscritor e algum outro obrigado cambiário. Isso não quer dizer que entre as partes seja excluída. A 1.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 28 de maio de 1917, invocando acórdão da 2A Câmara Cível, a 13 de setembro de 1912, chegou a dizer, que, "em direito, não há título de favor, porque o favor representa crédito e o crédito no comércio é dinheiro". É certo que também a 2P Câmara Cível disse isso, e a frase foi literalmente copiada pelo acórdão da 1.a Câmara Cível;~ porem, enquanto aquela decidia em executivo cambiário intentado por possuidor de boa fé, essa se achava diante de partes no próprio fato do favor (1.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 28 de maio de 1917, 1?. *de D.,* 45, 877-879; 2.~ Câmara Cível, 18 de setembro de 1912, 26, 879; COrte de Apelação de São Paulo, 5 de julho de 1935, .1?. *dos T.,* 99, 400-402, 80 entre partes). Não citemos outros casos, mas é de lamentar-se que a falta de análise das espécies leve a tão grandes injustiças, que revelam desconhecimento do direito cambiário ou do direito cambiariforme Entre partes, pode alegar-se, portanto, que a letra de câmbio, ou a nota promissória, ou a duplicata mercantil, foi criada por favor, ou que por favor foi assumida qualquer outra vinculação cambiária ou cambiariforme (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 10 de março de 1982; Tribunal de Justiça *São* Paulo, 2 de julho de 1918, 9 de junho de 1925, 13 de agôsto de 1926). Pergunta-se: ~também é oponível essa defesa aos outros possuidores de má fé? Já vimos que não há solução a ~*priori.* Tudo depende do direito que regeu o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou a carência de causa.

Oque é dado afirmar-se, com os elementos comparatísticos, colhidos nos diferentes ramos do direito que podem ser reguladores dos negócios jurídicos subjacentes, simultâneos ou sobrejacentes, é que entre figurantes em contacto é sempre permitido discutir-se a causa, porque tal causa pertence ao negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou alguma relação jurídica não negocial, e vem à tona como exceção pessoal. ~ pena que a jurisprudência se tenha deixado levar por maus doutrinadores, conforme ocorreu com o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 25 de abril de 1934; ". .. são excluidas desde logo quaisquer defesas fundadas na origem da obrigação, ainda que o autor seja o credor direto, a quem o réu se

prendeu".

1

2.Ourmo Limo IGUALMENTE GRAvE. A COrte de Apelação do Paraná, diante de contrato resolvido por inadimplemento, contrato de compra-e-venda (21 de janeiro de 1935, 1?. *de D. C.,* VII, 54 s.), disse: "Acordam em 2a Câmara da COrte de Apelação prover, em parte, o recurso para, reformando a sentença apelada julgar a ação improcedente na parte que pede a restituição das quantias já entregues como sinal, ou arras, ou comêço de pagamento, ficando isentas disto as cambiais ainda não-pagas que, embora vencidas, a despeito do caráter formal dos títulos, se tornaram sem causa com a ruptura do contrato. Assim decidem porque, tendo o contrato da compra da maquinaria se tornado perfeito e acabado entre as partes e a ruptura do mesmo se haja dado por vontade expressamente manifestada do ora apelado, as quantias pagas que sejam tidas como sinal, arras, ou comêço de pagamento, não devem ser restituidas, como é de direito. O mesmo nao acontece com as cambiais ainda não-pagas que, constituindo promessas de pagamento como títulos de crédito que são, não podem constituir sinal, ou arras, ou comêço de pagamento, já que precipuamente o direito veda a alguém se locupletar como alheio. ROto o contrato, sOmente aquilo que foi efetivamente recebido será restituido ou retido conforme o grau de culpa de cada um dos contratantes pelo inadimplemento, e, assim, o que constituir promessa considerar-se-á preço da transação que desaparece com esta. É óbvio, portanto, que, não fornecendo mais a ora apelante a maquinaria encomendada não pode continuar a receber pagamento de coisa que não é mais obrigada a entregar. A ação é improcedente quando pede quantias que, ao momento de se tornar a obrigação inexeqUível, estavam já em poder da parte isenta de culpa". A □

2 a Câmara Cível considerou que as notas promissórias pagas seriam sinal e as não-pagas haviam de ser restituidas pelo vendedor, que não mais ficava obrigado a entregar o objeto da compra-e--venda. Ora, prestação paga não é, só por ser prestação antecipada à contraprestação, sinal ou arras; é prestação que se pode computar na indenização por inexecução do contrato (isto é, no cálculo do que o credor perdeu ou razoàvemente deixou de lucrar). Quem entrega cambiais, *ou já paga* a dívida contratual e, então, deixando de satisfazer o prometido nelas, será executado, sem qualquer repercussão no contrato, que a outra parte teria de cumprir, pois que, com a entrega das cambiais, o comprador solveu a sua obrigação contratual, *ou apenas instrumenta,* reforçando-a com a executividade, a

*obrigação contratual* (o que não se presume), e, nesse caso, deixando de pagar algumas delas, incorre em culpa e resolução do contrato ou condenação ao cumprimento, com perdas e danos. O que decidiu a 2.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Paraná não tem por base jurídica.

Aliás, também não na tinha a decisão reformada, que considerara as entregues prestações como *adquiridas* pelo credor-vendedor. O direito está *nas leis,* e não no raciocínio extralegal dos juizes. AOnde o texto ou princípio em que se poderia apoiar a decisão paranaense?

comum, salvo onde a isenção é indispensável à estrutura mesma das suas concepções. Disso tivemos prova ao tratarmos das objeções e das exceções.

2.DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIvADO EXTRACAMBIARIO OU ExTRACAMBIARIFORME. Não é só no terreno das impugnativas e exceções que o direito extracambiário ou extracambiariforme pode intervir.

Muitas vêzes, o direito público ou privado aparece (sem quebra, está visto, dos princípios do direito cambiário, dadas as precisas delimitações dêsse) noutros pontos.

O exemplo que logo nos ocorre é o dos podêres dos órgãos administradores das pessoas jurídicas de direito público. Depois, o das sanções de direito fiscal, que podem ir, se edictadas pelo Poder Legislativo federal, até à nulidade do ato unitário cambiário ou cambiariforme ou à inexistência ou ineficácia das declarações singulares cambiárias ou cambiariformes.

~ Os órgãos das pessoas de direito público podem assumir, por essas, vinculações cambiárias, ou cambiariformes, sem lei que em geral ou *in. casu* o permita? ~ São podêres compreendidos nos de administração? De regra, não.

Se a autorização para o negócio jurídico subjacente envolve o poder para assunção de vinculações cambiárias, ou cambiariformes, depende de interpretação dos podêres contidos explícita ou implicitamente na autorização. O

Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 15 de setembro de 1917, por ter dito nulo o processo, deixou de apreciar a questão. Não se decidiu absolutamente a questão levantada nos embargos sObre se podia o

Presidente de uma Câmara (Prefeito), assumir, pela Municipalidade, vinculações cambiárias, como atribui ao Tribunal da Relação MAGARINOS TÓRRES *(Nota promissória,* 4~a ed., 54). Tão-pouco, seria de admitir-se a proposição de juiz-jurista, que entendia não ser de mister "mandato (?) especificado, estando tal poder compreendido nos de administração". (Veja-se o acórdão referido, na E. *de 11.,* 47, 182-184.) E no Supremo Tribunal Federal redigiu-se o acórdão de 19 de agOsto de 1916, no qual só se diz o seguinte: a"... nenhum dos artigos da ConstituIção federal, invocados pela recorrente, veda ao Tesouro de um Estado, sendo devedor a alguém de certa quantia, reconheça

e confesse a divida, e assine um documento que a prove e pelo qual se obrigue a pagá-la em tempo conveniente".

Tal acórdão de 1.0 de agOsto de 1916 *(1?. de D.,* 42, 100), redigido por PEDRO LESSA, sObre conter alusão à *causa* do título cambiário e ao caráter de reconhecimento de dívida, não resolveu, de modo nenhum, a questão de se saber se é preciso que tenha podêres especiais ou estatutários o órgão da pessoa jurídica de direito público. O

que nêle se diz é que nenhuma regra jurídica constitucional veda ao Estado-membro a assunção de vinculações cambiárias ou cambiariformes.

A regra é que os Prefeitos, os Governadores dos Estados--membros e o Ministro da Fazenda ou o Presidente da República não podem assumir vinculações cambiárias ou cambiariformes em nome do Município, do Estado-membro ou da República. Regra, está claro, *de direito administrativo.* Só outro princípio, que derrogue tal regra, pode estabelecer a vinculação por parte da pessoa jurídica de direito público. A responsabilidade regulada pelo art. 46 da Lei n. 2.044 pode criar-se, segundo os princípios.

§ 4.165. Direitos reais de garantia e títulos cambiários e cambiariformes 1.EM GARANTIA DE LEnAS DE CÂMBIO, NOTAS PROMISSóRIAS E DUPLICATAS MERCANTIS; NOTA PROMISSóRIA EM SIUBSTITUIÇÃO DE DIVIDA HIPOTECARARIA. Questão tão-só de direito extracambiário ou extracambiariforme é a de se saber se a hipoteca, que se estipulou em garantia de letra de câmbio ou de nota promissória, ou de duplicata mercantil, se transfere em função do endôsso ou dos endossos dos títulos cambiários, ou cambiariformes, ou se, endossado o título, a garantia perdeu a razão de ser. Primeiro,

observemos que não há hipoteca em garantia de letra de câmbio ou de nota promissória. O que existe é hipoteca em garantia de uma, algumas ou tOdas as vinculações singulares cambiárias. Se é possível, segundo o direito hipotecário competente, que se dê garantia hipotecária a favor de todos os possuidores do titulo, ou a todas as vinculações cambiárias já assumidas ou futuras, não há, sequer, possibilidade de se pOr a questão: ou todos os res estarão garantidos, pois que, *ex Ivypothesi,* o direito hipotecário permite que se estipule a favor de pessoa incerta mas determinável pela posse, ou cada vinculação que surge é hipotecàriamente garantida. Conforme foi dito, só o direito hipotecário pode dar qualquer resposta.

Se o direito hipotecário não permite a estipulação com a estrutura subjetiva a que nos referimos, ou, se, admitindo-se, não se deu, vinculação garantida somente é aquela que se mencionou no instrumento da hipoteca e legitimados subjetivos ativos os que foram apontados, então, como possuidores do título cambiário ou cambiariforme.

Em todo o caso, se se estipulou garantia hipotecária a vinculação cambiária ou cambiariforme, entende-se que se garantiu hipoteca a favor de todos aquêles vinculados que pagaram, pelo obrigado mencionado no instrumento, o débito cambiário ou cambiariforme.

Odevedor da hipoteca cedida precisa ser notificado da cessão, nos têrmos do Código Civil, ad. 1.069. Não há ciência implícita e antecipada da cessão. Nunca se pode dizer que o endOsso do título cambiário ou do título cambiariforme transfira a hipoteca, ou baste como ciência. Ou se admite que a hipoteca pode ser em garantia dos direitos da generalidade, do *alter,* e seria inútil e não-técnica a alusão à transferência pelo endOsso, ou que pode ser em garantia de vinculações futuras, e não será menos importuna a referência à transferência pelo endOsso; ou, então, a sorte da hipoteca é só sua.

Se a criação da letra de câmbio ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, em substituição de divida hipotecária, é pagamento, pergunta-se à relação da dívida hipotecária. A letra de câmbio e a nota promissória nenhuma resposta poderiam dar. Daí ter dito a 23 Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 6 de maio de 1919 *(1?. de LX,* 53, 250-851), que a nota promissória, com a qual se requereu a falência do obrigado cambiário, "não se reputa parte da dívida hipotecária de que dá notícia a citada escritura, porque, como indicam as circunstâncias, devidamente provadas dos autos, aquela parte da dívida hipotecária desapareceu e em seu lugar surgiu o contrato *(sie)* exclusivamente cambial entre credor e

devedor”: “tornou-se patente a intenção das partes de fazerem desaparecer parte do contrato civil que haviam feito e formarem nOvo contrato (7!) exclusivamente comercial, qual a promissória ajuizada que, como comerciante, o agravante emitiu em favor da agravada”.

2.

RELAÇõES

JURIDICAS

ENTRE

OS

ENDOSSANTES-MANDANTES

E

OS

ENDOSSATÂRIoS-MANDATÁRIÇS. As relações jurídicas entre os endossantes-mandantes e os endossatários-mandatários não são cambiárias ou cambiariformes. Daí ter-se de saber, se alguma discordância surge entre êles, qual o direito que as regeu, porque o fato de serem cambiárias ou cambiariformes as vinculações e comerciais as vinculações cambiárias ou cambiariformes não faz relações jurídicas comerciais as relações entre endossantes-mandantes e endossatários-mandatários. ~ possível que sejam civis. Naturalmente, respondem os endossatários-mandatários perante os endossantes-mandantes respectivos pelos prejuízos causados por sua falta de diligência, mas tal responsabilidade pode ser diferentemente regulada pelo direito comercial e pelo direito civil. Se o endossatário-mandatário recebeu importâncias e as lançou, *eponte sua,* em conta corrente, sem que o endossante-mandante lho houvesse autorizado, e incorreu em falência, o endossante-mandante é credor reivindicante, segundo o direito falencial (2.a Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 3 de julho de 1914, *R. de D.,* 36, 357 5.; Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 12 de maio de 1916, 41, 203).

Se foram indicados dois ou mais endossatários-procuradores, o que tem o título é legitimado a quaisquer atos, dentro dos podêres recebidos; mesmo que haja cláusula que os queira cumulativos. Não é ao Código Civil, art.

1.804, nem ao Código Comercial, art. 147, que se há de consultar, mas à própria lei cambiária (art. 89, § 1.0) ou cambiariforme, pOsto que, entre endossantes-mandantes e endossatários-mandatários, a lei aplicável seja a comum, civil ou comercial.

Pode dar-se que o endossatário-mandatário tenha sido endossatário-endossante do título, ou simplesmente endossante, por ter sido possuidor em virtude de endOsso em branco, e então é obrigado cambiário, ou cambiariforme, como qualquer outro. Se paga o título, entende-se que o fêz como obrigado cambiário, ou cambiariforme, e não como mandatário do endossante-mandante (1.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 7 de agOsto de 1916, *1?. de D.,* 48, 151) ; salvo se no protesto declarou pagar por conta do endossante-mandante, ou de outrem.

Decretada a falência do endossante-mandante, continua em vigor o mandato até que seja revogado expressamente pelo síndico, ao qual deve o mandatário prestar contas (Decreto -lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 49).

Para o falido, cessa o mandato ou comissão que recebeu antes da falência (Decreto-lei n. 7.661, art. 49, parágrafo único).

3. ENDOSSO PIGNORATÍCIO; ENDOSSO POR PROCURAÇÃO. No endOsso pignoratício ou endOsso-penhor, que é inconfundível com o penhor do título cambiário, ou cambiariforme, o endossante continua possuidor mediato da letra de câmbio, ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, ou do cheque. No penhor do título cambiário, ou cambiariforme, se houve endOsso em prêto ou em branco, tudo, cambiàriamente, ou cambiariformemente, se passa como a respeito de qualquer endOsso em prêto ou em branco e só nas relações entre as partes do contrato de penhor é que o direito extracambiário ou extracambiariforme diz a sua palavra (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1918, 1?. *de D.,* 50, 621) : “O endOsso em branco, lançado na letra de câmbio ajuizada, transferiu ao autor, seu portador, a propriedade da mesma letra e, ante a regularidade do protesto, o réu endossante responde pelo pagamento. No caso vertente, não se trata de um endOsso-mandato, pois êste só existe quando traz expressa a cláusula *por procuração,* a qual não consta do aludido endOsso. Em nada influiu o fato de ter sido a referida letra dada em caução ao autor, porque o proprietário de uma letra de câmbio que a empenha, lançando nela endOsso em prêto ou em branco, a transfere ao endossatário ou portador, nas relações cambiárias, e só fora delas é que poderá se valer do contrato de

penhor para qualquer fim. .

O que dissemos sObre o penhor de títulos com endOsso vale para o penhor de títulos, com emissão de títulos criados.

Os títulos dados em penhor, ou para cobrança, podem ser reivindicados, se falir o credor pignoratício ou mandatário.

O credor pignoratício é obrigado às diligências segundo o direito aplicável ao penhor de títulos, que pode ser civil ou comercial. Se comercial, rege o art. 277 do Código Comercia!.

4. O ART. 46 DA LEI N. 2.044 E O ART. 8 DA LEI UNIFORME.

O direito extracambiário ou extracambiariforme pode vir à tona quanto à vinculação oriunda do art. 46 da Lei n.

2.044, ou art. 8 da Lei uniforme.

Pergunta-se:~ o que é responsável no caso do art. 46 da Lei n. 2.044, ou art. 8 da Lei uniforme, assume a vinculação cambiária que, se os podêres do representante houvessem existido, teria sido assumida pelo representado (Ordenança Cambiária alemã, art. 95), ou é obrigado como se houvesse firmado em próprio nome?

No art. 8 da Lei uniforme diz-se: “est obligé lui même en vertu de la lettre”, “is bound himself as a party to the bill”; e na Lei italiana, art. 11: “O obbligato cambiariamente como se avesse firmato in proprio”. Na Lei n. 2.044, art. 46, as expressões são assaz vagas: “fica, por ela, pessoalmente obrigado”. Duas respostas: *a.)* o representante vincula-se *como se houvesse firmado,* e não *como o pretenso representado,* em consequência, não são oponiveis por êle as exceções que tocariam ao representado; *b)* o representante vincula-se como representante, e então lhe caberiam as objeções e exceções do representado. A opinião a) é a de A. LANGEN *(Die Wechselverbindlichkeit,* 20, nota 4) e de QUAsSOWSKI-ALBRECHT *(Wechselgesetz vom 21. Juni 1933,* 60-61); a opinião b), de J.

1-TUPRA *(Das einheitliche Weehselrecht der Genfer Vertrãge,* 29 s.) e de A. LENHOFE *(Einfúhrung in das einheitliche Wechselrecht,* 19; assim, na doutrina italiana, mas só em parte, LORENZO MossA, *La Cambiale secondo la nuova legge,* Parte prima, 814, contra GIUSEPr“E VALERI, *Diritto cambiario italiano,* Parte generale, 116). Mas excetuam objeção de incapacidade. Parece-nos que a solução não pode ser simplista.

As objeções e exceções oriundas de atos jurídicos causais inseparáveis do patrimônio do representado não são oponíveis pelo representante. *Aliter,* se, de acOrdo com os princípios do direito que rege tais atos jurídicos causais, são oponíveis pelo representante mesmo, porque, aí, são também pessoais a êle.

Também se discute se, no caso de podêres só até certa soma, o representante responde pelo todo, sem responder o representado (A. LANGEN, *fie Wechselverbindlichkeit,* 21 s.; GITJSEPPE VALER!, *Diritto cambiario italiano,* Parte gene-rale, 116), ou se só responde pelo excesso. Os que seguem a primeira opinião invocam o principio da indivisibilidade da soma cambiária (J. HUPKA, *Das einheitliche Wechselrecht der Gen.fer Vertrãge,* 31 s.; QUASSOWSKI-ALBRECHT, *Wechselgesetz,* 62). Os que adotam a segunda invocam a possibilidade pagamentos parciais e os princípios lógicos. Há, porém, terceira opinião: responde o representado pela parte, o representante pelo todo (STAUB-STRANZ, *Kommentar zuin Wechselgesetz,* 13. AufI., 138-139). É preciso vermos os fatos: ou a) o possuidor vai contra o representado e êsse prova só se ter obrigado por parte, e o possuidor é livre de receber a parte ceira opinião: responde o representado pela parte; o representante pelo todo; ou *b)* vai contra o representante e êsse prova se ter obrigado o representado, ou só se prontifica a pagar parte, pelo excesso de podêres, e então o representado paga tudo ou o resto.

O que se disse sObre o representante incide quanto ao Órgão da pessoa jurídica.

5. AÇÃO DECLARATÓRIA. Outro exemplo de direito extracambiário ou extracambiariforme, aqui processual, é o que rege a *ação* e o *remédio juridico processual* da "ação declaratória". A cambiariedade ou a cambiariformidade de relação jurídica, ou a não-cambiariedade, ou a não-cambiariformidade, a categoria cambiária, ou, até, a existência ou a não-existência da relação jurídica cambiária, pode ser objeto de *ação declaratória* (assim, □

4 a Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 2 de junho de 1981, ação para se provar que, ao tempo em que se após o aval, não havia endOsso e, pois, avalizada fOra a firma do subscritor da nota promissória; 5□a Câmara Cível da mesma COrte, 14 de setembro de 1984).

6.FIANÇA, PENHOR E HIPOTECA. Se, por vêzes, se criam e emitem letras de câmbio, notas promissórias, ou duplicatas mercantis, como títulos mais seguros, fazendo-se à vista operações que, de outro modo, seriam a prazo, outras há em que se recorre a contratos, ou a outros atos, para se reforçar a segurança das letras de câmbio e das notas promissórias.

Um dêsses contratos é o de *fiança.* Mas outros há, como o de *penhor,* e o de *hipoteca.* Claro que a acessoriedade dêles não os submete a regras de direito cambiário ou de direito cambiariforme. Se a fiança é civil, rege-a a direito civil. Se comercial, rege-a o direito comercial. Se no título cambiário ou cambiariforme há avales, nenhuma influência exercem êles sObre a fiança, nem sObres êles a fiança. O aval, como tOda vinculação cambiária, ou cambiariforme, é sempre comercial. A qualificação da fiança depende do seu objeto e das pessoas, conforme o critério do sistema jurídico. A fiança pode ser regida por direito estrangeiro, se bem que dominado pelo direito brasileiro o título ou alguma vinculação canibiária ou cambiariforme, ou vice-versa.

O remédio jurídico processual cambiário ou cambiariforme não se estende à fiança.

Também o penhor pode garantir o crédito cambiário 011 cambiariforme. Se da letra de câmbio, ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, consta a garantia pignoratícia, tal cláusula não se faz cambiária, ou cambiariforme. Nada importa que os vencimentos sejam diferentes e que persista a garantia pignoratícia além da prescrição da ação cambiária.

O possuidor a favor de quem se deu penhor ou hipoteca pode renunciar à garantia pignoratícia ou hipotecária. O

pagamento da dívida cambiária, ou cambiariforme, por parte do que deu a garantia, ou por parte de algum obrigado que o libere, extingue o penhor ou a hipoteca, sem que seja de mister quitação especial (2~~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 10 de outubro de 1905, *R. de D.,* VI, 889).

O negócio jurídico da fiança, do penhor ou da hipoteca pode ser subjacente, simultâneo ou sobrejacente. É

questão de interpretação saber-se se se usou do título cambiário ou cambiariforme como *principal* ou como *adjecto.* Não há regra a *priori* que lhe dê a principalidade. Tão-pouco, a situação de adjecto tem qualquer influência na natureza do titulo cambiário, ou

cambiariforme, a cuja independência repugna nexos de tal porte.

Um título cambiário ou cambiariforme é principal ou adjecto no negócio jurídico em que figura, e não em si mesmo.

É o direito extracambiário ou extracambiariforme que responde à pergunta: ~ o vencimento de um dos títulos garantidos basta, com a mora, para que se vença a hipoteca? O vencimento de um dêles não produz o dos outros, porque ao direito cambiário ou cambiariforme repugnaria ligar-se à sorte de um título a de outro ou de outros; mas é possível que o direito extracambiário ou extracambiariforme permita que o vencimento de uma prestação implique o das outras.

Se a garantia é só a favor de determinado possuidor, tal possuidor precisa, ao tempo em que quer exercer o seu direito, apresentar os títulos (Tribunal de Apelação de Cruzeiro do Sul, 25 de janeiro de 1916, 1?. *de D.,* 47, 185; lA Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 29 de agOsto de 1918, 50, 291). Se a favor do possuidor que o fOr ao tempo do vencimento (o ramo respectivo do direito dirá se vale tal cláusula à generalidade), a posse só por si legitimará.

§ 4.166. Títulos cambiários ou cambiariformes e eficácia

1.EFEITOS DA LETRA DE CÂMBIO, DA NOTA PROMISSÓRIA E DA DUPLICATA MERCANTIL. A letra de câmbio e a nota promissória fazem prova das vinculações cambiárias ou cambiariformes singulares. Tal prova faz-se entre as partes, como entre terceiros, ou entre partes e terceiros. Não é de mister ser registada a letra de câmbio, ou a nota promissória, ou a duplicata mercantil, mas o registo confere-lhes, como a quaisquer outros títulos, documentos ou papéis, certo *refOrço de fé.* É fora de dúvida que o arquivamento do teor do titulo nenhuma conseqUência pode ter de sanar defeitos ou nulidades, ou de impedir, interromper, ou suspender a prescrição. O maior efeito que possui o registo é o de autenticar a data aliás, de autenticar a data do registo, e não a do título mesmo o que é de grande importância quanto a terceiros credores do mesmo obrigado cambiário ou cambiariforme e quanto ao próprio obrigado cambiário ou cambiariforme, nos casos em que dos seus livros não constam as operações cambiárias ou cambiariformes. Outro efeito é o de conservar o teor, para o caso de eventuais ações de amortização, ou facilitamento do protesto quando se dê retenção pelo obrigado cambiário ou cambiariforme.

Título comercial, a duplicata mercantil, como a nota promissória e

como a letra de câmbio, para ter efeitos contra terceiros, não precisa ser registada. Ainda que não conste de livros comerciais, o titulo cambiário ou cambiariforme faz prova por si, de modo que o Onus da prova de ter havido simulação, ou fraude, cabe àquele que o alega (23 Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 10 de setembro de 1912, *1?. de* li., 25, 558, 9 de novembro de 1915, 40, 187; 2 de maio de 1916, 41, 622; 16 de julho de 1918, 49, 683; 20 de maio de 1919, 58, 201; Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de novembro de 1980, *E. de D. C.,* II, 92). É preciso, portanto, que os indícios e presunções sejam de molde à elisão da prova que por si mesma faz o título cambiário ou cambiariforme. Aliás, é possível prova que não seja indiciária ou de presunção; mas, como quer que seja, enquanto não se dá prova da simulação ou da fraude contra credores, a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata mercantil e o cheque têm fé, quer em relação aos que nêles figuram, quer em relação a terceiros.

É da natureza do registo de títulos, documentos e papéis, que, por função, serve à autenticidade, conservação e perpetuidade do teor dos títulos, documentos e papéis, com o fito, principalmente, da eficácia contra terceiros, a transcrição ou cópia integral, palavra por palavra, com a mesma ortografia e pontuação, características e defeitos do título, documento ou papel que se levou a registo. Daí serem exigidas as referências às entrelinhas ou quaisquer acréscimos, alterações, defeitos, ou vícios, bem como das particularidades que o original apresente, formalidades legais observadas, qualidade e importância dos selos. Além disso, insertos o número de ordem, a data do protocolo e do registo e o nome do apresentante, quer a lei que, em seguida, na mesma linha, de maneira que não fique espaço em branco, se dê por conferido e concertado o lançamento, fazendo-se o encerramento com as formalidades usadas pelos tabeliáes, assinando o oficial, depois, com o nome por inteiro.

Bem se percebe que, com tais exigências, o registo goze de certo prestígio, além daquele que resulta da fixação de data em que necessàriamente existiu o original apresentado, tanto mais quanto no título cambiário ou cambiariforme se menciona o ato do registo e os oficiais são obrigados a f ornecer aos interessados os esclarecimentos verbais que pedirem, sem prejuízo da regularidade do serviço, e qualquer pessoa pode requerer certidão, sem que caiba ao oficial indagar do motivo ou do interêsse do pedido.

Está claro que o registo não exime o original das alegações de falso ou de falsificação. O registo autentica, não confere efeitos novos, fora os

específicos.

Conforme se viu, tOda a matéria do registo é estranha ao direito cambiário ou cambiariforme. Constitui ramo à parte do direito, necessàriamente extracambiário ou extracambiaríforme.

2.RECONHECIMENTO DAS FIRMAS. Também é direito exclusivamente extracambiário ou extracambiariforme o que regula o reconhecimento das firmas apostas nos títulos cambiários ou cambiariformes.

Tal reconhecimento reforça a fé das assinaturas, sem elidir a possibilidade de prova contrária ao reconhecimento e à autenticidade das firmas. Tal refOrço, que resulta da função dos tabeliáes, atinge também a data, pois que se menciona no titulo a data do reconhecimento, ao tempo da qual há de ter existido o título cambiário ou cambiariforme ou a obrigação cambiária ou cambiariforme que corresponde à firma reconhecida. Uma vez que a capacidade é ligada a êsse dado temporal, fácil é compreender-se a relevância jurídica dos reconhecimentos de firmas, além daquela que lhes é específico

A fé oriunda do reconhecimento da firma ou da letra e firma, pelos tabeliáes, não é absoluta. É possível dar-se prova em contrário (lA Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 13 de junho de 1918, E. *de D.,* 49, 671-673; Câmaras Reunidas, 15 de maio de 1919, 58, 170, 171). Deve-se providenciar para que seja punido o tabelião (2.~ Câmara Cível, 20 de julho de 1918, 49, 693) e responsabilizados os culpados (2Y Câmara Cível, 27

de agOsto de 1918, 41, 367, 368). Às vêzes, as circunstâncias fazem com que a procura do registe, como a procura de reconhecimentos de firmas, constitua indício de simulação ou de fraude. Se o possuidor do título não costumava reconhecer as firmas, nem registar os títulos cambiários, ou cambiariformes, e se nada sugere que, a propósito de determinado titulo, ou de determinada firma, recorra a tais expedientes reforçadores, entende-se que buscou no registo ou no reconhecimento de firmas (Câmaras ReUnidas da COrte de Apelação do Distrito Federal, 8 de novembro de 1923) elemento com que encobrir a má fé das operações cambiárias ou cambiariformes.

3.CONCURSO FALENCIAL DE CREDORES. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores, inclusive os titulares do direito cambiário ou cambiariforme. Trata-se de juízo indivisível e competente para

tOdas as ações e reclamações sObre interêsses e negócios relativos à massa falida. Nêle, há de habilitar-se o titular do direito cambiário ou cambiariforme, embora tenha sentença a seu favor anterior à decretação da falência, pois que a dívida por letra de câmbio, nota promissória, duplicata mercantil ou cheque, é sujeita aos efeitos da lei falencial <2.a Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 3 de junho de 1930, *A. .7.,* 15, 497).

Otitular do direito cambiário ou cambiariforme, que comparece ao juízo falencial e recebe parte do crédito, ou nada consegue receber, pode, encerrado o processo de falência, ir contra o falido pelo saldo, ou por todo o débito cambiário. Outrossim, é dado executar o obrigado cambiário, ou cambiariforme, cuja falência foi encerrada, o titular do direito cambiário ou cambiariforme que não compareceu à falência. Ainda mais: não cumprida a concordata preventiva, ainda que se haja habilitado, pode mover ação cambiária contra o concordatário (Superior Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 2 de setembro de 1932, E. *de D. C.,* III, 101).

Se houve concordata, se o portador compareceu e recebeu a quota, de regra não subsiste o direito ao saldo.

Abre-se exceção se há prova de que o devedor ocultou parte do ativo (2? Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 23 de junho de 1916, E. *de D.,* 42, 550). *A fortiori,* se o credor não tomou parte na falência ou na concordata (1? Câmara Cível, 4 de janeiro de 1917, 46, 366).

Títulos ou obrigações cambiárias ou cambiariformes assumidas após a homologação da concordata podem ser cobrados sem dedução ( □

2 ft Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 14 de setembro de 1923, *11.*

*de 19.,* 71, 97). Tudo que acima dissemos é estranho ao direito cambiário ou cambiariforme. Pertence ao direito falencial, que é extracambiário e extracambiariforme. As restrições que a insolvência ou falência estabelece à cobrança dos títulos cambiários em nada derrogam o direito cambiário ou cambiariforme, e as outras obrigações têm a sua sorte tal qual resulta da incidência dos textos de direito cambiário ou cambiariforme.

§ 4.167. Sucessão de algum titular ou de vinculado

1.SUCESSÃO “MORTIS CAUSA”. É de direito extracambiário ou extracambiariforme a relação jurídica entre os sucessores *causa mortis,* se um ou alguns dêles solvem a obrigação cambiária, ou cambiariforme, pela qual era obrigado o falecido. A herança responde pelas dívidas do decujo, inclusive pelas dívidas cambiárias e cambiariformes. Se o herdeiro se vincula dentro das fOrças da herança, que lhe coube, ou se responde fora delas, decide o direito das sucessões aplicável àherança, isto é, o direito substancial que a lei pessoal do falecido, ou da situação dos bens (competência da *lez rei sitae)* manda que domine. Desde que a *lex suecessionis* é a lei brasileira, a responsabilidade dos herdeiros é limitada ao que recebem.

As situações resultantes da indivisão, se indivisão existe, (pode não existir, se, por testamento, a dívida cambiária ou cambiariforme entra na quota de um dos herdeiros), são determinadas pelo direito das sucessões, que é extracambiário ou extracambiariforme. O herdeiro que paga integralmente o titulo, desde que indivisa a obrigação, tem direito a haver dos outros a parte que pagou além da sua.

A ação executiva, se faleceu o obrigado cambiário ou cambiariforme, exerce-se sObre os bens da herança, e nao sObre os bens dos herdeiros, salvo se a algum dêles foi partilhada, na sua totalidade, ou atribuida em parte, a obrigação cambiária.

Os bens sObre que se exerce a execução são os bens do falecido, desde que não se haja dado, por sentença passada em julgado, a desaparição do espólio. Todavia, se a dívida cambiária ou cambiariforme não constou da partilha, ainda que tenha passado em julgado a decisão respectiva, os herdeiros respondem, dentro das fOrças da herança recebida.

Nos casos em que o legatário é legitimado passivo da ação de cobrança, a responsabilidade dêle é limitada à fOrça do legado. Enquanto não se dá a sucessão definitiva dos bens do ausente, tudo se rege de acOrdo com os princípios pertinentes à situação dos sucessores presuntivos. Enquanto não se ultima a partilha, o cOnjuge meeiro responde pelo todo. Depois da partilha, de acOrdo com o que lhe foi partilhado no tocante às obrigações. Se da partilha não constou a obrigação cambiária, como se partilha não tivesse havido. Claro que o cOnjuge meeiro não pode renunciar à meação, o que constituiria abandono do patrimOnio. Não se confunda a hipótese com a renúncia do cOnjuge meeiro à sucessão do pré-morto.

Morto um dos cOnjuges, o sobrevivo pode ser citado executivamente pela totalidade da obrigação cambiária ou cambiariforme, se tal

obrigação tem de ser paga pelos bens comuns ou sendo cabeça de casal o sobrevivo (23

Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 14 de novembro de 1916, *1?. de 19.,* 44, 187). Se a obrigação é só do falecido e o sobrevivo não exerce as funções de cabeça de casal, contra os sucessores é que tem de ser movida a ação cambíaria.

2. SUCESSÀO ENTRE vívos. Se o patrimOnio, de cujo passivo consta a vinculação cambiária ou cambiariforme, passa a outra pessoa, como se houve sucessão do fundo de emprêsa, dá-se o mesmo que se tivesse havido sucessão a causa de morte. Se do ativo é que constava, o sucessor é legitimado, devendo satisfazer as exigências que a lei faça.

§ 4.168. Regressividade e demanda prematura

1.OBRIGADO CAMBIÁRIO 015 CAMBIARIFORME QUE PAGA.

O obrigado cambiário ou cambiariforme que paga tem direito ao título, com a quitação e o instrumento do protesto, se o houve.

Se o titular do direito cambiário ou cambiariforme se recusa a entregar-lhe o titulo, ou se não lho pode dar, nem passar a quitação, o solvente deve requerer o depósito judicial.

Não quer isso dizer que o pagamento só se prove mediante a posse do título, com a quitação e o instrumento do protesto, se o houve. O direito cambiário ou cambiariforme limitou-se a regular o que mais interessa à vida dos títulos cambiários, ou cambiariformes, porém sem que se possa tirar que se não permite outra prova de pagamento de títulos cambiários que as apontadas pela Lei n. 2.044, arts. 22 e 24. Entre as partes tudo fica ao direito extracambiário ou extracambiariforme. Todos os meios de prova, regidos pelo direito extracambiário, ou extracambiariforme, são possíveis. A ta Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 20 de dezembro de 1917, disse competir ao devedor, no caso de extravio do titulo, providenciar para a obtenção da declaração a que se refere o art. 942 do Código Civil. Com razão, MACARINOS TÔRREs *(Nota promissória,*

ed., 345) desaprovava a referência da lA Câmara Cível, por lhe parecer que a regra do Código Civil não se aplica aos títulos cambiários. Esquecia-lhe que, antes, censurara ao acórdão limitar os meios de prova do pagamento aos dos arts. 22 e 24 da Lei n. 2.044 e não advertiu em que, entre as partes imediatas, o direito extracambiário emerge.

O art. 942 do Código Civil não tem efeitos quanto ao possuidor de boa fé, mas porque, aí, o direito cambiário não admite outro meio de prova.

Também entre as partes imediatas, pois que emerge o direito extracambiário ou extracambiariforme, é admissível que se invoque o art. 942 do Código Civil, segundo o qual, nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido êsse, pode o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor que inutilize o título sumido. O direito extracambiário ou extracambiariforme, portanto o art. 942 do Código Civil, só não tem efeitos onde o direito cambiário lhos vede, isto é, em relação ao possuidor de boa fé do título cambiário (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de outubro de 1931, *R. de 19. C.,* II, 198).

Em relação aos possuidores de boa fé, o direito cambiário ou cambiarifonne é exclusivo. Só êle diz a sua palavra.

Quem quer pagar exige o título com a quitação e o instrumento do protesto, ou deposita. Se não teve tal cautela, paga de nOvo ao possuidor de boa fé (sem razão, a lA Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 20 de dezembro de 1917, *R. de D.,* 4S, 390).

omesmo raciocínio tem de ser feito quanto ao pagamento parcial. Pois que, aí, não se opera a tradição do título cambiário ou cambiariforme; o solvente tem de exigir, além da quitação em separado, outra, que deve ser firmada na letra de câmbio, ou na nota promissória, ou na duplicata mercantil, como no cheque (Lei n. 2.044, art. 22, §

2.0). Entre as partes, o direito extracambiário ou extracambiariforme pode afluir. Ainda sem recibo em separado, ou no próprio título, é possível provar-se o pagamento parcial. Naturalmente, nos limites legais, que o direito extracambiário ou extracambiariforme fixe. Assim, se, pela importância da obrigação cambiária ou cambiariforme, a prova testemunhal, desacompanhada de começo de prova por

escrito, não basta, é dado provar-se com a confissão, segundo os princípios (lA Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24

de agOsto de 1914, II. *de 19.,* 87, 870, 81 de julho de 1920, e Câmaras Reúnidas, 5 de outubro de 1922, 68, 364

s.). Entre as partes, a quitação pode referir-se a dois ou mais títulos cambiários ou cambiariformes, cabendo à interpretação dizer quais os títulos que foram pagos (lA Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 25 de junho de 1917, *R. de 19.,* 46, 605).

Em relação aos possuidores de boa fé, só as provas de que cogita a lei cambiária ou cambiariforme podem ter efeitos. Aliás, pois que o seu direito nasce da aparência do título cambiário ou cambiariforme, pagamento parcial só existe quando constante do próprio título.

2.CREDOR QUE DEMANDA O OBRIGADO ANTES DE vENCIDA A DÍVIDA. O credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, fica obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dObro (Código Civil, art. 1.530). Aquêle que demanda por divida já paga, no todo, ou em parte, sem ressalva das quantias recebidas, ou pede mais do que é devido, fica obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dObro do que cobrar e, no segundo, o equivalente do que dêle exigir,salvo se, por lhe estar prescrita a pretensão, decai da ação <Código Civil, art. 1.581). Não se aplicam as penas dos arts. 1.530 e 1.581, quando o autor desiste da ação antes de contestada a lide (Código Civil, art. 1.582).

Tudo isso é direito extracambiário ou extracambiariforme, mas aplicável a propósito de dívidas cambiárias ou cambiariformes (Superior Tribunal de Justiça da Bahia, 22 de agOsto de 1930, *R. de D. C.,* II, 69, sobre título cambiário já pago).

Se a lei beneficia com a *moratória legal* o devedor hipotecário e o credor quirografário (cambiário ou cambiariforme) executa o bem hipotecado, pergunta-se, ~ o credor quirografário fica prejudicado pelo benefício da lei ao devedor hipotecário, isto é, tem de recuar diante da moratória legal? O caso apresentou-se à COrte de Apelação de Minas Gerais (6 de no vembro de 1935), que respondeu negativamente.Título XXI DIREITO INTERNACIONAL CAMBIÁRIO E DIREITO

INTERNACIONAL CAMBIARIFORME

NATUREZA E OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL CAMBIÁRIO E DO DIREITO

INTERNACIONAL CAMBIARIFORME

§ 4.169. Conceitos e precisões

1.DIREITO INTERNACIONAL CAMBL4RIO OU DIREITO CAMBTÁRIO INTERNACIONAL, SOBREDIREITO DO DIREITO CAMBL4RIO. É indiferente dizer-se “direito internacional cambiário” ou

“direito cambiário internacional”. Qualquer das expressões apenas designa o sobredireito do direito cambiário, isto é, o conjunto de regras sObre qual o direito que incide em matéria de direito cambiário. Temos, assim, que o direito cambiário, sendo direito substancial, material ou formal, é objeto de certas regras jurídicas sObre a sua extensão no espaço (direito internacional cambiário), ou no tempo (direito intertemporal do direito cambiário).

Diga-se o mesmo quanto ao direito internacional cambiariforme.

(O lugar próprio para se tratar do direito internacional cambiário e do direito internacional cambiariforme é nos Tomos dedicados ao direito internacional privado. Mas a obra das Conferências da Haia e de Genebra justifica que se exija, junto à exposição do direito substancial cambiário e do direito substancial cambiariforme, a exposição rápida do direito internacional cambiário e do direito internacional cambiariforme. Ao cogitarmos do direito internacional privado é que versaremos os problemas comuns a todo o direito internacional privado e da inserção nêle do direito internacional cambiário e do direito internacional cambiariforme.) Aqui, só nos temos de ocupar do direito internacional cambiário e do direito internacional cambiariforme. São inconfundíveis com o direito chamado *direito uniforme,* que constitui direito substancial de dois ou mais países, muito embora o direito uniforme sObre regras de conflito constitua ramo interestatalizado do direito internacional cambiário e do direito internacional cambiariforme. Já tivemos ensejo de ver, no Tomo XXIV, que a política interestatal da uniformização se operou no plano do direito substancial e no plano do sobredireito. A Convenção de

Genebra sObre conflitos de lei, de certo alcance teórico e prático, foi o maior passo que se deu, no terreno do direito internacional cambiário e do direito cambiariforme, para a uniformização, por meio de tratado, das regras de sobre-direito do direito cambiário ou do direito cambiariforme.

Cumpre, porém, atender-se a que a Convenção de Genebra não estabeleceu regras supraestatais ou de direito das gentes. Apenas estatuiu como conjunto de normas intraestatais, mediante as quais os Estados se concertam em estabelecer o *mesmo* direito internacional cambiário e cambiariforme, isto é, o mesmo direito interno a respeito do direito internacional cambiário e cambiariforme.

2.Dmsio DO DIREITO INTERNACIONAL CAMELtRIO. O *direito internacional cambiário* divide-se em *direito internaciomzl cambiário material* e *direito internacional cambiário formal.* Dá-se o mesmo a respeito do direito cambiariforme. Aquêle concerne às regras de direito material sObre as letras de câmbio e os demais títulos cambiários; êsse, às regras de direito formal sObre as letras de câmbio e os demais títulos cambiários. <É de mister que se não confundam regras de direito material com regras de conteúdo, nem regras de direito formal com regras sObre a forma dos negócios jurídicos.)

Algumas regras de *direito processual internacional,* também chamadas regras de direito internacional processual, constituem o direito internacional cambiário formal, ou, pelo menos, parte dêle. Em todo caso, há regras de direito processual internacional, que não são regras de direito internacional cambiário, ou cambiariforme, bem que possa estar em causa letra

de câmbio ou nota promissória, ou outro qualquer título cambiário ou cambiariforme. É o caso, por exemplo, do *direito falencial internacional,* na parte em que o direito falencial se ocupa de títulos de crédito, inclusive de letras de câmbio, notas promissórias, ou outros títulos cambiários ou cambiariformes. O direito substancial sObre que versam tais regras não é cambiário, é extracambiário, de modo que o sobredireito dêle não é, necessàriamente, direito internacional cambiário.

Pense-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes.

3.DIREITO INTERNACIONAL CAMBIÁRIO MATERIAL. No direito internacional cambiário material é conveniente distinguirem-se o direito concernente aos títulos cambiários ao portador, pois que

alguns Estados permitem tal cláusula nos títulos cambiários, e o direito concernente aos títulos cambiários *à* ordem e aos nominativos. Outrossim, há parte do direito internacional cambiário material que diz respeito à criação do titulo e à assunção das vinculações cambiárias, a que poderíamos chamar direito das coisas internacional cambiário.

*4.* DIREITO INTERNACIONAL CAMBL4RIO FORMAL. No direito processual internacional cambiário ou direito internacional formal, a questão principal é a da competência jurisdicional no tocante a títulos cambiários.

Os princípios são aquêles que concernem ao direito processual internacional, e não os que compõem o direito internacional privado; razão pela qual tudo aconselha a que se trate, em separado, das questões de direito processual internacional cambiário.

Diga-se o mesmo quanto ao direito processual internacional cambiariforme.

Depois teremos de estudar, nas suas linhas gerais, o sobre-direito do direito extracambiário, ou extracambiariforme, isto é, do direito que pode emergir durante a vida dos títulos cambiários, particularmente durante o processo das ações cambiárias ou cambiariformes. Conforme já dissemos, as regras jurídicas a respeito de tal assunto não entram no direito internacional cambiário ou cambiariforme. Donde a multiplicidade delas, pois que hão de corresponder ao direito substancial sObre que versam.

## § 4.170. Metodologia e programação

1.MÉTODO CIENTÍFICO NO TRATAMENTO DA MATÉRIA. Na exposição do direito internacional cambiário, quer material, quer formal, adotaremos o método, único que nos parece levar a soluções exatas e inequívocas, segundo o qual havemos de responder, *ab initio,* às perguntas relativas à competência legislativa e de jurisdição. Tais questões pertencem, por definição, ao direito supraestatal, porquanto têm de ser postas como se os Estados estivessem diante de jurisdição supraestatal e se houvesse de discutir a competência de cada um dêles para, em dadas circunstâncias, edictar a regra de direito material ou de direito formal sObre a letra de câmbio, a nota promissória, ou

outro titulo, cambiariforme. Após isso, é que temos de perguntar ao Estado competente qual a regra, ou quais as regras, que êle adotou, como regras de sobredireito do direito cambiário.

Claro que o Estado competente pode mandar que se aplique o conjunto das suas regras de direito cambiário, de modo que serão de tal Estado a norma de sobredireito e as normas de direito substancial, ou mandar que se aplique o conjunto das regras ou algumas das regras do direito cambiário de outro Estado, de modo que será seu o sobredireito e estrangeira a lei-conteúdo, dando-se aquilo a que vulgarmente se chama *reenvio.*

Faça-se o mesmo raciocínio a propósito do direito internacional cambiariforme.

cipalmente, se evitarmos qualquer confusão entre regras de competência legislativa ou jurisdicional (direito supraestatal), regras de direito internacional cambiário uniestatal (direito interno, sobredireito de um Estado), regras de direito cambiário interestatal ou pluriestatal (direito uniforme substancial cambiário) e regras de direito internacional cambiário e inter-estatal ou pluriestatal (direito uniforme, sobredireito cambiário, tal como a Convenção de Genebra sObre conflitos de leis em matéria de letras de câmbio e notas promissórias).

Os princípios atingem o direito cambiariforme.

2.JURI5DIÇÃO E REENVIO. No terreno do direito processual internacional cambiário, ou cambiariforme, o Estado competente para a jurisdição também pode, em vez de exercê-la, deixar a outro Estado a cognição das questões cambiárias, ou cambiariformes, mas, em tais casos, é preciso que o outro Estado aceite o reenvio de jurisdição, porque, se é certo que um Estado tem todo o direito de fazer seu o conjunto, alguma ou algumas das regras do direito de outro Estado, o mesmo não ocorre quanto à *jurisdiçõn.* Nenhum Estado pode obrigar outro Estado a que conheça de questões que deveriam pertencer ao reenviante.

Seguindo o método a que nos referimos, muitas questões adquirem clareza que lhes faltou, em absoluto, até agora.

## CAPÍTULO II

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SÓBRE DIREITO CAMBIÁRIO E SÔBRE DIREITO CAMBIARIFORME

§ 4.171. Regras jurídicas sObre competência legislativa

1.ESTADO COMPETENTE PARA LEGISLAR SOBRE O DIREITO CAMBIÁRIO E SOBRE O DIREITO

CAMBIARIFORME Aqui, só nos interessa saber qual o Estado ou quais os Estados que podem legislar sObre direito cambiário. Afastada está, por enquanto, a questão do Estado competente, ou dos Estados competentes para a jurisdição.

É comum aos títulos cambiários serem títulos de crédito, de modo que a problemática dos títulos cambiários constitui parte da problemática dos títulos de crédito. A compenetração do direito com o documento já estabelece certo traço que liga as vinculações cambiárias e o título mesmo a determinado sistema econOmico. Por outro lado, a importância da cártula, importância que faz o direito como que se materializar no titulo, submete os títulos cambiários à lei da situação, no que

eles são coisa móvel. Isso não quer dizer que sOmente o Estado, a que pertence a estrutura econOmica na qual o título nasce, ou na qual nasce a obrigação, e o Estado da situação sejam interessados na regula.ção dos títulos cambiários. É preciso não nos esqueçamos que o Estado da lei pessoal do devedor pode estatuir sObre a vinculação de tal pessoa, qualificando-a como vinculação cambiária.

Diga-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes.



*2.* TÍTULOS CAMBIARIFORMES COM REPRESENTATIVIDADE

Se a lei concebe como cambiariforme o título representativo, como acontece com os conhecimentos de depósito e os *warrants,* a situação do bem exerce papel relevante, no tocante à determinação da competência. Não se pode legislar sem que se atenda a êsse elemento.

§ 4.172. Cláusulas e pressupostos

1.CLÁUsULAS AO PORTADOR, À ORDEM E DE NOMINAÇÃO.

A cláusula mais vulgar dos títulos cambiários, para alguns Estados a única permitida, é a cláusula à ordem. Daí a conveniência de se considerarem os títulos cambiários títulos à ordem e só depois de explanado o assunto geral dedicarem-se as observações aos títulos ao portador e aos títulos nominativos.

~preciso atender-se a que os títulos cambiários e os cambiariformes contêm, eventualmente, muitas vinculações, assumidas por pessoas distintas, talvez em Estados diferentes, e a que as vinculações singulares cambiárias são inconfundíveis com o *ato unitário* do título. Tudo aconselha a que se estude primeiro a incidência da lei no ato unitário do título cambiário, deixando-se para depois a problemática concernente à assunção das vinculações cambiárias. Há de ter havido direito que foi aquêle em que *nasceu* o título cambiário ou cambiariforme como tal, isto é, em que o titulo cambiário foi apontado como título de crédito e como título cambiário ou cambiariforme. A questão da competência legislativa deve começar daí; e temos de reconhecer que os autores que versaram o direito internacional cambiário longe estiveram do rigor e do aprofundamento científico a que se entregaram, em investigações memoráveis, os estudiosos do direito substancial cambiário e do cambiariforme. Quase sempre descuram do fato da *criação* do título cambiário no plano do direito internacional. Muitos obstáculos e muitas obscuridades foram devidas ao êrro de se não começar do comêço, isto é, da criação do título cambiário. Diga-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes.

2.PRESSUPOSTOS MATERIAIS E FORMAIS DO TÍTULO CAM níÁaío.
A criação do título cambiário e do título cambiariforme exige certos pressupostos, *materiais* e *formais,* que são fixados pelo direito apontado pelo Estado competente, isto é, pelo Estado que pode dizer ser cambiário ou cambiariforme o título de crédito. Dito que o titulo de crédito é título cambiário, também a tal Estado cabe a taxinomia de tal título. Por exemplo: dizer que o título cambiário é título comercial, ou que o não é. Já aqui os escritores iniciam com passo errado o tratamento do assunto. Enunciam, de antemão, comb princípio a *priori,* ou, pelo menos, comparatístico, que as vinculações cambiárias são categoria das vinculações comerciais, que o título cambiário é título comercial. Ora, não existe nenhum princípio supraestatal que

obrigue os Estados a considerarem títulos comerciais os títulos cambiários, ou vinculações comerciais as vinculações cambiárias. Tão-pouco, existe princípio a *priori.* No direito comparado não se poderia buscar tal princípio, salvo se o direito do Estado competente para regular a criação do título de crédito mandasse que o intérprete obedecesse aos princípios extraíveis do direito compa-.rado, o que seria fonte de equívocos. Não discutamos aqui, portanto, a hipótese de tal atitude, perfeitamente legítima, de algum Estado. O que nos importa é afirmar que não existe o princípio supraestatal, nem o princípio a *priori,* nem o principio comparatistico, que faça o título de crédito, considerado, por um direito, título cambiário, ser comercial, ou comerciais as vinculações nêle assumidas.

Quanto à qualificação do crédito como título cambiário, também não há princípio supraestatal, nem princípio a *priori,* nem princípio comparatístico; mas o ciclo de civilização, em que vivem os Estados modernos, dá conceito aproximativo, que é comum à doutrina dos diversos países.

Diga-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes.

## § 4.173. Estados competentes

1.ESTADO DA LEI PESSOAL, CRIACAO E TOMADA DO TÍTULO; ESTADO DA SITUAÇÁO. O Estado da lei pessoal pode dizer que a pessoa, mediante determinados atos, cria titulo de crédito, que tal título de crédito é cambiário e cambiária a sua vinculação. Temos, assim, o título cambiário criado no sistema jurídico do regras de sobredireito, que entender. Por exemplo: diz que a forma do titulo é a do lugar em que foi criado, ou que a forma há de ser a do lugar do pagamento. Porém, não é o Estado da lei pessoal o único competente para regular a criação do titulo de crédito, particularmente de título cambiário.

O Estado a que pertence a vida econômica, a que se liga o ato unitário da cambial, pode estabelecer os pressupostos materiais e formais que repute necessários e suficientes para que se tenha como criado titulo cambiário. Tal Estado dirá o que entender em *regras de sobredireito,* quer mandando aplicar as regras do seu direito cambiário, quer as do direito cambiário de outro Estado. Tudo se passa como a respeito do Estado da lei pessoal. As duas competências não Se chocam.

Se o título satisfaz os requisitos exigidos por um e por outro dos Estados competentes, tem eficácia no direito interno do Estado da lei

pessoal e no direito interno do Estado da organização econômica. Se não é eficaz perante um e o é perante o outro, naturalmente só se pretende que o Estado que lhe atribui eficácia lhe regule a vida como titulo de crédito, particularmente como titulo cambiário. Se não é perante qualquer dos dois, não há cogitar-se da existência de título cambiário. Um Estado não pode pretender que, não válido no seu direito título de crédito como título cambiário, também *não valha* no direito de outro Estado, que seja, como êle, competente.

OEstado da lei pessoal do tomador ou de outro possuIdor do título não pode, como tal, estabelecer a criação do título cambiário, nem tão-pouco a vinculação cambiária da pessoa que tratou com o tomador, ou que figura num título de crédito. Se êsse Estado é o da organização econômica, a cuja vida se liga o titulo, é competente como Estado da organização econômica, e não como Estado da nacionalidade do titular do direito cambiário. É

aplicação da regra segundo a qual nenhuma competência tem para ditar normas de vinculação o Estado da lei pessoal do credor *(lez creditoris)*.

OEstado do domicílio é competente, como regrador da vida econômica.

Diga-se o mesmo a respeito dos títulos cambiariformes.

OEstado da situação *(lez rei sitae),* inconfundível com o Estado da organização econômica, a que se prende o titulo cambiário, nenhuma competência tem no tocante à criação do título de crédito como titulo cambiário. Se ocorre ser o Estado da lei pessoal do criador do título, ou o Estado da organização econômica a que se prende o título cambiário, é como tal que lhe cabe a competência para fixar os pressupostos necessários e suficientes à criação do título, e não como Estado da situação.

Se o título cambiariforme é titulo representativo, exsurge a competência do Estado que dá a lei sôbre o bem representado. Quase sempre, êsse Estado é o Estado da situação.

2.MULTIPLICIDADE DE ESTADOS INTERESSADOS. Criado o título cambiário no sistema jurídico de um dos Estados que podem estabelecer a existência de titulo cambiário, ou cambiarifornie, dar-lhe taxinomia e efeitos, ou em sistema jurídico, conteúdo de regra, que adotou tal Estado, de sobredireito, a sua vida está determinada pelos princípios que, segundo tal Estado, hão de reger o titulo de crédito, ou

o título representativo, a que conferiu o caráter de título cambiário ou cambiariforme.

Todo título cambiário, como ato unitário cambiário, ou cambiariforme, contém possibilidade para a assunção das vinculações cambiárias, a partir da vinculação cambiária, ou cambiariforme, do criador do título, que é o sacador da letra de câmbio, ou da duplicata mercantil, ou do cheque, ou, ainda, o subscritor da nota promissória. Pôsto que de ordinário o Estado que reconhece a eficácia de um título cambiário, ou cambiariforme, como ato unitário cambiário ou cambiariforme também afirme, simultâneamente, a assunção da vinculação cambiária ou cambiariforme por parte do criador do título, não é de afastar-se a hipótese, tebricamente possível, de submeter a princípios diferentes a criação do titulo como ato unitário cambiário ou cambiariforme e a assunção da vinculação cambiária ou cambiariforme por parte do criador do título cambiário ou cambiariforme.

Temos, assim, o problema da competência para legislar sôbre a vinculação do criador do titulo cambiário ou do titulo cambiariforme.

8.O CONTACTO COM O “ALTER”. ~ de esperar-se que a lei do Estado competente para edictar regras sôbre a criação do título cambiário considere vinculado o criador do titulo desde que se dê o contacto com o *alter*. ~ o que de ordinário acontece. Se assim não fôr, ter-se-á a simples afirmativa de que está criado o título, com pressupostos suficientes para o recebimento das diferentes vinculações cambiárias, a partir da própria vinculação do criador do título.

Um dos caracteres dos títulos cambiários está na assunção separada, sôlta, por bem dizer, das vinculações cambiárias, sem que isso afaste a consideração, à aparição de cada uma, de ser necessária a existência de título capaz de receber tais vinculaçoes. E, pois, de grande importância, a cada formação de vinculação nova, perguntar-se se há o título cambiário, segundo a qualificação dada pelo Estado competente para disciplinar a criação do titulo. A qualificação por parte do Estado da lei pessoal do criador do título, ou daquele a cuja organização econômica está ligado, impõe-se extraterritorialmente o que de az so estabelece diferença sensível entre o ato unitário cambiário e as vinculações singulares cambiárias.

Diga-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes Não importa saber-se que a declaração do criador do titulo não vale, muito embora se tenha de ver se existe o título como ato unitário cambiário. Pode

não valer a declaração do sacador da letra de câmbio ou a do criador da nota promissória, mas ser eficaz o próprio título, pela ligação à vida econômica de um Estado. Dir-se-á que a situação não é a mesma em se tratando de título criado segundo a lei do Estado da lei pessoal do criador do título. ~, todavia, sem alcance o argumento, porquanto o Estado competente para dizer se é vinculado ou não um nacional também é competente para dizer que não vale a declaração por êle feita, bem que o título como ato unitário cambiário tenha adquirido elementos formais suficientes para recepção de declarações cambiárias.

Considerados através do seu desenvolvimento, os títulos cambiários constituem cadeia de declarações (vinculadocria dor, endossantes, avalistas, intervenientes) que se ligam entre si, sem perda da sua natureza, estrutura e fisionomia próprias. Temos, pois, de considerá-las de per si, para que se saiba qual a disciplina a que são submetidas as diversas vinculações singulares cambiárias. Em todo o caso, há problema, de ordem geral, que pode ser pôsto antes da tratação particular, e é o problema da capacidade passiva dos vinculados cambiários: do sacador, do credor da nota promissória, dos endossantes, dos avalistas, dos intervenientes. Aqui, é digno de nota que os Estados, em número considerável, tiveram ensejo de sancionar a verdadeira solução para o problema da lei regedora da capacidade cambiária e cambiariforme, inclusive quanto ao chamado problema do *reenvio.*

Disse a Convenção para resolver certos conflitos de leis em matéria de letra de câmbio e de nota promissória, no art. 2, alínea l.a: “La capacité d‟une personne pour s‟engager par lettre de change et billet à ordre est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d‟un pays, cette dernière loi est appliquée”.

Temos, assim, que o Estado da nacionalidade é que possui a competência para determinar a legislação aplicável à capacidade, o que constitui a verdadeira solução do problema sôbre a lei pessoal. A lei do domicílio, ou outra, que seja apontada pela lei nacional como competente, será lei-conteúdo. Uma das conseqtiências da regra do art. 2 é a de poderem surgir tantas leis nacionais ou tantas leis-conteúdo quantas as vinculações assumidas no título cainMário. Nada tem a capacidade com o domicilio real, nem com

o domicílio cambiário, nem com a sede da criação, ou com o lugar do pagamento do título, ou com a própria lei que vai reger a vinculação cambiária.

4.POLIPATRIA E APATRIA. Surgem dois problemas, que não foram resolvidos pelo direito uniforme: o da polipatria e o da apatria. Consideração simplista do problema tem levado a soluções que não podem ser aceitas, sem análise dos casos. A respeito da polipatria, foi dito que basta o reconhecimento da capacidade segundo uma das leis nacionais. Tal opiníao de II. STAUB, não nos parece razoável, O problema não pode ficar em tal terreno e cabe dizer-se, aqui, o que se assentou no direito internacional privado em geral. Quando a alguma pessoa se atribuem nacionalidades, por conflito insolúvel entre as leis do Estado do nascimento e as leis do Estado da ascendência, não sendo um dêles o Estado do foro, decide-se a favor do estatuto daquele dos dois Estados onde é domiciliada a pessoa, salvo provando-se que ela vive conforme o estatuto do outro Estado. Se o domicilio é em outro Estado, aplica-se o estatuto pessoal a que a pessoa obedece. Se ela não o segue, o estatuto pessoal que lhe dá o Estado do domicílio. Note-se que não se disse “a lei do Estado do domicílio”.

Se a pluralidade de nacionalidades estrangeiras resulta da aquisição de nacionalidade, com participação da pessoa, dá o estatuto o Estado da última nacionalidade que foi adquirida por tal modo.

Se a pluralidade de nacionalidades estrangeiras resulta da aquisição de uma ou de mais de uma dentre elas, sem a participação da pessoa, aplica-se o estatuto da nacionalidade originária, salvo opção, inclusive a que resulta de atos inequívocos de subordinação à nacionalidade adquirida, ou a uma delas, se há duas nacionalidades ou mais (nosso *Tratado de Direito internacional privado,* 1, 205 s.).

Se no texto do título cambiário o vinculado declara a nacionalidade, a lei aplicável é a da nacionalidade declarada.

5.SoLuçõEs CIENTÍFICAS. Nos casos de apatria, tem-se pensado em aplicar-se a *lez boi,* isto é, a lei do Estado em cujo território foi praticado o ato singular cambiário, como também a lei do domicilio cambiário. Em verdade, os apátrides têm o seu estatuto pessoal, que é dado pelo Estado do domicílio, salvo se o sem-pátria já teve conhecimento de haver o Estado do domicilio formulado o pedido de entrega ao Estado da última nacionalidade.

O Estado do domicílio, que formulou tal pedido, não pode pretender competência para determinar o estatuto pessoal do apátride, porém, como o apátride devia viver de acôrdo com tal estatuto, é necessário que tenha tido conhecimento de haver o Estado do domicilio formulado o pedido.

Quanto à lei pessoal do apátride, as soluções científicas são as seguintes: a) se a perda da nacionalidade não foi intencional, aplica-se a lei pessoal da nacionalidade perdida, enquanto haja, da parte do apátride domiciliado fora do Estado da nacionalidade perdida, subordinação efetiva ao estatuto pessoal de tal nacionalidade perdida; lO se a perda foi intencional e não há subordinação do apátride ao estatuto pessoal da pátria perdida, aplica-se ao domiciliado noutro Estado que o da pátria perdida a lei do domicilio; *o)* se o apátride não tem domicílio, aplica-se a lei do ato; *d)* nos casos em que a relação de direito de uma pessoa depende do estatuto pessoal de outra que não tem nacionalidade, são aplicáveis as regras que precedem.

Cumpre notar-se, todavia, que os textos positivos do Estado do domicílio do apátride podem derrogar tais regras sôbre a lei pessoal, desde que tal Estado não haja formulado o pedido a que acima nos referimos, com o conhecimento do sem-pátria (nosso *Tratado de Direito internacional privado,* 1, 195).

Os que sustentam dever-se aplicar a lei do lugar da assunção da vinculação cambiária são vítimas de confusão com a regra do art. 2 da Convenção, na qual se diz que a pessoa, que seria incapaz segundo a lei da nacionalidade ou a lei-conteúdo, se vincula se a assinatura foi dada no território de Estado segundo cuja legislação a pessoa teria sido capaz. Note-se que ai só se cogita da pessoa que seria incapaz segundo a *lese patriae* ou a lei-conteúdo, e não da pessoa sem pátria. O apátride tem o seu estatuto pessoal. Se segundo a sua lei fôr incapaz, mas capaz segundo a legislação do Estado em cujo território deu a sua assinatura, é que se poderá invocar o art. 2, alínea 2a 6.PESSOA INCAPAZ EM TERRITóRIO CUJO DIREITO A CONsIDERA CAPAZ. Diz a Convenção, art. 2, alínea .a: “La personne qui serait

2

incapable, d‟après la loi indiquée par l‟alinéa précédent, est, néamoins valablement tenue, si la signature a été donnée sur le territoire d‟un pays d‟après la législation duquel la personne aurait été capable”. É interessante observar-se que tal regra funciona como regra de ordem pública. É de grande importância saber-se que a regra da Convenção de Genebra é regra de ordem pública, conforme dissemos no *Tratado de Direito internacional privado,* 1, 160. *A priori,* não seria contra os princípios que o Estado da organização econômica (não se confunda com o Estado em cujo território foi praticado o ato, porque ato praticado fora pode ser ligado àorganização econômica de outro Estado), no regular as vinculações, fôsse até a matéria da capacidade, desde que pusesse a assunção das vinculações em plano

de alto interêsse público.

Mas os textos de Genebra excluiram a edicção de regras sôbre capacidade em matéria de assunção de vinculações cambiárias. Quiseram que ficasse sôzinho em campo o Estado da nacionalidade do vinculado, que mandará aplicar a sua lei (lei cambiária, ou lei de direito comum), ou a lei de outro Estado, seja o do domicílio, seja outro qualquer. Aqui, a lei aplicável é lei-conteúdo da *lese patriae.* O Estado do lugar em que foi assumida a vinculação cambiária pode cortar efeitos, conforme a alínea 23 do art. 2, porém, como tal corte é só de efeitos, sem se negar a competência do Estado da nacionalidade, apenas terá conseqflências nos Estados que possuam a regra de ordem pública, isto é, como regra de corte aos efeitos da lei competente. Tanto assim é que, na alínea 33 do ad. 2, foi expressa-mente dito: "Chacune des hautes parties contractantes a la faculté de ne pas reconnaitre la validité de l"engagement pris en matiêre de lettre de change et de billet à ordre par l"un de ses ressortissants et qul no serait tenu pour valable dans le territoire des autres hautes parties contractantes que par application de l"alinéa précédent du présent article".

O texto fala em ter sido dada a assinatura no território (sur le territoire) de um Estado segundo cuja legislação a pessoa teria sido capaz. Já aqui surge questão, que é a de se saber o que se entende por assinatura dada no território de um país. Se o que assinou como vinculado cambiário declara o lugar em que o fêz, a natureza do título cambiário, máxime entre os Estados signatários das Convenções, impõe que se considere dada a assinatura em tal lugar, ainda que não seja o lugar verdadeiro. É uma das conseqfiências dos princípios que regem o título cambiário. Se o vinculado não declara o lugar, cumpre indagar-se, preliminarmente, qual o lugar que se reputa ter sido aquêle em que se deu a assinatura. Respondida tal pergunta é que se pode pensar na lei a que se refere a alínea 2a do art. 2.

Quanto à alínea 83 do art. 2, ou o Estado em cujo território foi dada a assinatura é também o Estado do foro e o corte em virtude de regra de ordem pública nenhuma dificuldade encontra, ou o Estado do foro é outro que o Estado do lugar em que se deu a assinatura e não é obrigado a proceder como procederia êsse se fôsse o do foro.

No último caso, o direito do Estado do foro tem de ser consultado, para se saber se também êle possui a regra de ordem pública que considera válida a declaração cambiária num Estado cuja lei tem por capaz a pessoa, bem que por incapaz a tenha a lei do Estado da nacionalidade ou a lei-conteúdo. É preciso notar-se que a regra do

Estado do foro pode ser concernente a vinculações assumidas dentro do país, ou concernente a vinculações assumidas dentro de qualquer país que tenha por capaz a pessoa vinculada. Há, portanto, aí, investigação a *posteriori* da extensão da regra de ordem pública do Estado do fOro. Observe-se que os textos de Genebra parecem supor que só o Estado da nacionalidade possa negar validade à declaração de acOrdo com a alínea 2.~ do art. 2 ("la faculté de ne pas reconnaitre la validité de l"engagement pris en matiêre de lettre de change et de billet à ordre par *l"un de ses ressortissants"),* de modo que havemos de entender, por parte dos Estados ligados à Convenção, que a sua regra de corte de efeitos à lei do Estado da nacionalidade se refere à assinatura dada no território de qualquer Estado cuja legislação repute capaz a pessoa.

Restaria a questão de se saber se não infringe a Convenção a legislação de Estado que limitasse o corte às assinaturas dadas no seu território. A despeito da forma das alíneas 23 e 33, parece-nos que não, pois em verdade só se quis permitir, com a alínea 23, o corte em virtude de regra de ordem pública.

Se o Estado da nacionalidade permite que se aplique a lei do lugar em que se deu a assinatura, tem-se a alternativa:

a sua lei (ou a lei-conteúdo) *ou* a do lugar, e aqui a lei do lugar funciona como lei-conteúdo da *lese patriae.* Em tal caso, nenhuma atitude podem assumir os Estados terceiros, porque é a própria lei do Estado da nacionalidade (lei de sobredireito) que manda aplicar-se uma ou outra.

A regra de capacidade aplica-se às pessoas jurídicas, quer as de direito público, quer as de direito privado. Vale isso para o próprio direito uniforme. Aqui, cumpre atender-se à *cria ção* e à *nacionalidade,* e cabe raciocinar-se como em direito internacional privado geral: se o Estado da criação não confere a sua nacionalidade mas a considera de outro Estado, adota a lei estrangeira como lei-conteúdo; se algum Estado, o da criação ou da nacionalidade atribuida, ou outro, lhe confere a sua nacionalidade, toca-lhe edictar a regra de superdireito.

*7.* CONTEÚDO E FORMA DA OBRIGAÇão CAMBIÁRIA. Quanto ao conteúdo e à forma da declaração cambiária, dois Estados são competentes para edictar as regras de sobredireito, quer dizer para submeter conteúdo e forma ao seu direito cambiário, ou ao direito cambiário de outro Estado (lei-conteúdo). Tais Estados são o da

nacionalidade do vinculado cambiário e aquêle a cuja vida econOmica está ligada a vinculação. Não só, portanto, o Estado da nacionalidade do vinculado cainbiário, como pretendia ERN5T FRÂNKENSTEIN

*(Internationales Privatrechi,* II, 422).

É fundamental, em virtude mesmo da construção dogmática dos títulos cambiários, que cada vinculação cambiária, isto é, cada vinculação que conste da letra de câmbio ou da nota promissória (vinculação do sacador, vinculação do aceitante, vinculação do criador da nota promissória, vinculação do endossante, vinculação do avalista, vinculação do interveniente), tenha o seu estatuto próprio (assim, L. VON BAR, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts,* II, 2.~ ed., 168; F.MEILI, *Das internationoje Civil- und Handelsrecht,* II, 884; OTTOLENGHI, *La Cambiale nel finito internazionale,* 56). Portanto, são possíveis diferentes estatutos, cada um com o seu sistema de regras de superdireito.

Muito embora a forma tenha importância maior e quase absorva, incorporando-os em si, os pressupostos materiais, a distinção entre *forma* e *conteúdo* persiste em direito cambiário (cf. LORENZEN, *Tije Conflict ai laws relating to bilis and notes;* 92). Em todo caso, pois que a competência legislativa para a forma é a mesma competência legislativa para o fundo, a distinção depende do direito competente e tem conseqUências segundo entenda o direito competente.

Naturalmente, a competência concernente à vinculação do criador do título cambiário é a competência para a legislação sObre o ato unitário. Tanto mais quanto o direito que rege tal ato é que define criador do titulo e o direito que define criador do título se refere a título criado. Teõricamente, já vimos, seria possível a cisão, mas tal cisão apenas teria a conseqUência de estabelecer, com a coisa móvel criada, que é o titulo, espécie de forma na qual se alojasse, ou se pudesse alojar, a vinculação do criador. A possibilidade teórica tem importância, porque pode ser ineficaz a declaração do criador do título e eficaz o título como ato unitário cambiário.

Oque se disse sôbre letra de câmbio e nota promissória entende-se também quanto aos títulos cambiariformes.

## CAPÍTULO III

ESTATUTO DO CONTEÚDO DA DECLARAÇÃO CAMBIÁRIA

§ 4.174. Conte6do das declaraçÕes cambiárias

1.REQUIsITOS MATERIAIS E EFEITOS DAS DECLARAÇÕES AMBL4RIÂS. Temos de considerar, separadamente, a matéda obrigação cambiária em si, no tocante aos requisitos Lateriais, e o assunto dos efeitos das declaraçÕes cambiárias. No presente capítulo, estudá-las-emos distintamente, porquanto, se é certo que os Estados competentes para edictar a lei sôbre a formação das declaraçÕes cambiárias também o são para edictar a lei sôbre os efeitos das declarações cambiárias, pode suceder que êsses mesmos Estados adotem, como lei-conteúdo, legislaçÕes diferentes. A própria Convenção de Genebra dedicou regras jurídicas à capacidade, regras jurídicas àforma das obrigações cambiárias, bem como aos efeitos e àexecução, sem que nada dissesse sôbre a declaração cambiária em si.

2.DECLARAÇÃO DO CRIADOR DO TITULO. Quanto ao conteúdo, excetuados os efeitos, assunto que adiante será tratado, os Estados competentes são o da nacionalidade do declarante cambiário e o da organização econômica a que se prende a vinculação cambiária.

Oprimeiro declarante cambiário, que é o criador do titulo (sacador da letra de câmbio ou criador da nota promissória>, vincula-se segundo a *lez patriae* (ou a lei-conteúdo), ou segundo a lei do Estado que reputou ligada à sua vida econômica (e, pois, submetida à sua lei ou a uma lei-conteúdo) a letra de câmbio ou a nota promissória.

Há certa tendência a submeter-se a matéria à *lex boi.* Assim, no Tratado de Montevidéu, arts. 27 s., no direito inglês (Bilís of Exchang,e, sec. 72), na doutrina e na jurisprudência (L.VON BAR, *Tkeorie und Praxis dos internationalen Privatreckts,* □

2 a ed., II, 163; após, F. MEILI, *Das internationabe Civil- und Mande lsrecht,* II, 834; A. PILLET, *Traité pratique de Droit international privé,* II, 844; OTTOLENGHI, *La CamUdo fel Diritto internazionabe, 46* 5.; GrnLIo DIENA, *Trattato di Diritto commerciabe internazionabe italiano,* III, 67; ERNST

FRANKENSTEIN *Internationales Privatreoht,* II, 424; Apelação de Paris, 18 de abril de 1918, Cassação de Florença, 2 de junho de 1890, Tribunal federal suíço, 6 de abril de 1900).

Se o criador é domiciliado no Brasil e cria no Brasil a cambial, ~entendeu a Côrte Suprema que não lhe é dado obrigar-se, cambiáriamente, por outra lei que a brasileira, como pode parecer à simples leitura do acórdão proferido no caso de Lagatellerie & Companhia *versus* Banco do Brasil (Recurso extraordinário n. 1.164, 26 de julho de 1984)? O que se há de extrair do julgado é que a cambial *in easu* se regeu pela lei brasileira, pois aí se diz que a substância, os efeitos, a forma extrínseca e os meios de prova da declaração cambiária, devem ser regulados pela lei do lugar onde a declaração foi firmada, pôsto que acrescente que "há de ser aplicável a legislação brasileira, porquanto os atos cambiários foram realizados em Manaus, por pessoa aí domiciliada".

No direito italiano, há construção própria, em tôrno da qual a doutrina e a jurisprudência italianas bordam considerações, que merecem ser pesadas sempre que se trata de obrigação que pode ser regida pelo direito italiano.

No direito brasileiro, não cabia invocar-se o art. 18 da Introdução do Código Civil, então vigente, absolutamente estranho ao direito cambiário. A Lei n. 2.044, art. 47, é de simplicidade tocante: "A substância, os efeitos, a forma extrínseca e os meios de prova da obrigação cambial são regulados pela lei do lugar onde a obrigação foi firmada". Claro que escapa a tal lei a matéria da capacidade (art. 42 e parágrafo único). Nem cabe hoje invocar-se o Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 9□O□

O Código Bustamante, que procurou regrar o assunto, admite convenção expressa ou tácita e, na falta dela, as relações jurídicas entre sacador e tomador são reguladas pela lei do pais onde foi sacada a letra de câmbio (art.

264), e entre o aceitante e o portador, pela lei do lugar em que interveio o aceite (art. 265).

4-

3.ESTATUTO DOS EFEITOS. Quanto aos efeitos, cada vinculação cambiária tem o seu estatuto (BETTELHEIM, *Das internationabe Weohselreoht õsterreicks,* 150; OTTOLENGHI, *Los Cambiale nel Diritto internazionabe,* 104 s.; GIULIO DIENA, *Tratt ato di Diritto oommerciabe internazionabe italiano,* III, 64, nota 4, pretendia que fôsse aplicável o art. 85 da Lei cambiária alemã, e foi criticado por ERNST FRANKENSTEIN, *Internationabes Privatreeht,* II, 431, nota 66). O

Estado competente é o da nacionalidade do vinculado ou aquêle a cuja organização econômica se liga a declaração. A tendência é para a adoção de lei-conteúdo. A Convenção de Genebra, no art. 4, entendeu de distinguir os efeitos das declarações cambiárias dos vinculados diretos (aceitante da letra de câmbio e subscritor da nota promissória) e os efeitos das declarações cambiárias dos outros vinculados: "Les effets des obligations de l"accepteur d"une lettre de change et du souscripteur d"un billet à ordre sont déterminés par la loi du lieu oú ces titres sont payables. Les effets que produisent les signatures des autres obligés par lettre de change ou billet à ordre sont déterminés par la loi du pays sur le territoire duquel les signatures ont été données".

Odireito brasileiro nenhuma distinção faz: os efeitos são regulados pela lei do lugar onde a declaração foi firmada; mas aqui surge a questão de se saber se o art. 47 da Lei n. 2.044 foi edictado pelo legislador brasileiro como regra de sobre-direito enunciada pelo Estado da nacionalidade, ou como regra de sobredireito enunciada pelo Estado a cuja organização econômica está ligado o título. Se se dirige aos Brasileiros e aos outros adstritos do Brasil, os efeitos das declarações cambiárias por êles enunciadas são regulados pela lei do lugar onde a declaração foi firmada, quer êles se achem no Brasil, isto é, quer a lei brasileira seja a *lez boi,* quer se achem no estrangeiro, isto é, quer a lei estrangeira seja a *lez boi.* Se se dirige aos que assumem vinculações no Brasil *(lez bod,* conteúdo da lei do Estado a cuja organização econômica está ligada a obrigação), os efeitos das vinculações assumidas no Brasil, quer por parte de estrangeiros, quer por parte de Brasileiros, são regidos pela lei brasileira.

Parece-nos que o art. 47 foi redigido com o intuito de submeter as vinculações assumidas no Brasil à lei brasileira; portanto, não no foi como regra concebida pelo Estado da nacionalidade.

## § 4.175. PRECISÕES

1.INDICAÇÃO DO LUGAR. A indicação do lugar é, pois, de grande importância para se saber qual o estatuto da declaração cambiária. Muitas vêzes, o lugar declarado não corresponde ao lugar verdadeiro da feitura do título cambiário. Pergunta-ser ,& atende-se ao lugar designado ou ao lugar verdadeiro? ERNST FRANKENSTEN

*(Internationazes Privatreche, II,* 426), que retomou a questão, entendeu que não pode ser resolvida a *priori.* A solução depende do direito

aplicável à própria declaração. Dirá êle que a data e o lugar fazem parte da declaração de vontade, de modo que o verdadeiro lugar passa a ser sem importância (Reichsgericht, 1 de janeiro de 1894; Oberster Gerichtshof Wien, 6 de outubro de 1905). L. VON BAR queria que valesse o verdadeiro lugar, com prejuízo para os vinculados e os possuidores posteriores.

Deve-se a E. METIA *(Das internationahe Civil. und Raizdeisreoht,* II, 384; cf. ERNST FRANKENSTEIN

*lnternationa~s Przvatrecnt,* II?, 426, nota 45) ter mostrado que é sem importância prática indagar-se se o possuidor conhecia, ou não, o lugar verdadeiro, porque isso já diz respeito à aplicação do direito cambiário substancial. Isso não quer dizer que o direito, que rege a declaração, não possa adotar outro critério, mas, sem dúvida, tão-só para a declaração regida por êle e enquanto 50 regida por êle.

Oargumento de que a data verdadeira deve ser alegável entre partes imediatas é sem alcance, porque primeiro se diz qual a lei que incide, depois essa lei mesma (direito substancial ) regulará a defesa e as exceçÕes entre o obrigada criador e os outros, possuidores de boa ou má fé. Mas não é de crer-se que o direito substancial dê ao possuidor de má fé o direito de provar ser só aparente a data.

2.ACEITE DA LETRA DE CÂMBIO. O aceitante submete-se ao seu estatuto cambiário, porém já recebe título criado. O seu estatuto rege a sua declaração cambiária, e não o ato unitário cambiário, que já foi regido por outro estatuto.

Se o aceite pode ser parcial, ou não, e, se é parcial, quais os seus efeitos, decide a lei do lugar do pagamento da cambial, conforme o art. 7 da Convenção (Convenção de Genebra, art. 7:

“La loi du pays oú la lettre de change est payable r~gle la question de savoir si l‟acceptation peut être restreinte à une partie de la somme ou si le porteur est tenu ou non de recevoir un paiement partiel. La même rêgle s‟applique quant au paiement en matiêre de billet à ordre”). Não se trata da questão de ser êle possível, mas, tão-só, da possibilidade e do regime do aceite parcial. Contudo, é óbvio que também a lei do lugar do pagamento regula aquela possibilidade. Também se estende a regra ao pagamento parcial feito pelo sacado, ainda se não aceitante.

De modo que se dá primazia à lei do Estado a cuja organização econômica interessa o pagamento, à lei daquele Estado de cujas fontes de vida sai a importância a ser paga e que, de ordinário, é o Estado

onde se paga a dívida cambiária.

-a

3.CH~qur E PROVA. O negócio jurídico de que resulteu a *provisdo,* ou a *conta corrente,* ou o *crédito aberto,* é regido pelo estatuto do sacado (F. MEILI, *Das internationale Civil- und Handelsrecht,* II, 858; como lei-conteúdo, E. FI~ANKENSTEIN, *Internationales Privatreoht,* II, 452, que parte, sem razão, do estatuto do depositante ou correntista, por influência da futura vinculação chéquica do criador do título, o que é insustentável). O estatuto do banco rege as relações entre o autorizado a sacar e o sacado, inclusive quanto a ser, ou não, preciso que haja provisão ao tempo da criação, ou após, que haja, ou não, autorização, quais os créditos que se consideram provisão, quando há autorização implícita, e se basta a autorização tácita.

O estatuto do *cheque* é o estatuto do sacado. Pràticamente, o cheque é algo dependente da capacidade passiva do sacado. fl preciso, portanto, não se confundirem os problemas relativos aos títulos cambiários e a duplicata mercantil (estatuto do vendedor) e os problemas relativos ao cheque. O centro de gravidade do cheque é o sacado, à diferença do que se passa com a letra de câmbio (1K. NEUMEYER, Internationales Frivatrecht, *Enzijkbopilidie,* 31). A Lei francesa de 19 de fevereiro de 1874, art. 9, aventurou: “Toutes les dispositions législatives relatives aux chêques tirés en France sont applicables aux chêques tirés hors de France et payables en France”. Foi evidente a infração das regras de competência, o menosprêzo dos princípios, por sugestões puramente fiscais (A. PILLET, *Traitó,* II, 862; G. DIENA, *Trattato,* III, 246); e a interpretação que L.VON BAR *(Internationabes Handelsreoht,* 406) tentara, para limitar o art. 9 à imposição do sêlo, não logrou acolhida: fôra-se, na verdade, além de todos os princípios.

A capacidade de cada endossante é regida pelo estatuto pessoal, salvo se a lei territorial exige a sua incidência, ou se o estatuto do cheque fêz pressuposto da existência ou da validade do cheque a observância de regras jurídicas suas sôbre capacidade.

Em geral, o sacado não tem dever perante o portador. Mas é a lei do Estado contra cujo domiciliado se saca que rege a chamada capacidade passiva do sacado e determina se há, ou não, êsse dever.

A lei do lugar da criação, ou emissão, seria imprópria a reger a forma do cheque. Foi essa a opinião corrente (A.

PILLET, *Traité,* II, 841 s.; T. *M.* C. AssER, *Êlements,* 207 5.; *O.* DIENA,

*Tratt ato,* III, 22 s.). Contra, a favor da lei do lugar do pagamento, E. BARTIN *(Principes,* II, 479), pelas duas, J. VALÉRY *(Des Chêques,* 345). Título formal, que tem ligação a relações entre o passador e o sacado e pressupostos de capacidade passiva dêsse, seria sem alcance que não se tivesse de exigir a forma da lei do lugar em que se autorizou a criação.

O Estado, em que se cria, ou emite, ou se transfere o cheque, há de tratá-lo como titulo estrangeiro, destinado a ser pago alhures.

O *prazo de apresentação* é dado pelo estatuto do cheque, portanto pelo direito do domicílio do sacado, onde há de ser pago.

4.AçÃo DE ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO CAMBIÁRIO. A ação de enriquecimento injustificado cainbiário é ação cambiária, como temos tido ensejo de mostrar. O seu estatuto é o estatuto cambiário do injustificadamente enriquecido (ERNST FRANKENSTEIN, *Internationabes Privatreoht,* II, 450).

## CAPITULO IV

## ESTATUTO DA FORMA DA DECLARAÇÃO CAMBIÁRIA

### § 4.176. Estados que podem legislar

1.COMPETÊNCIA LEGISLATiVA QUANTO À FORMA. A respeito da forma cabe o mesmo princípio geral segundo o qual a forma de cada declaração cambiária tem o seu estatuto. A competência legislativa cabe ao Estado da nacionalidade do nnculado, ou ao Estado a cuja organização econômica se liga a vinculação cambiária.

O mesmo Estado é competente para dizer a lei aplicável ao conteúdo e à forma. Isso não quer dizer que qualquer dêles não possa adotar duas ou mais leis para o *conteúdo* e para a *forma,* separadamente, ou mediante sistema de alternativas.

A distinção entre forma e conteúdo toca ao direito do Estado

competente, salvo se adotou lei-conteúdo para o conteúdo e para a forma, indistintamente, ficando à lei-conteúdo proceder à separação. Aqui, pode surgir o problema de se saber se, com a adoção da lei-conteúdo, adotou a regra de direito internacional privado do Estado a que pertence tal lei-conteúdo, ou se só adotou a lei de direito substancial, questão que se resolve segundo os princípios que tivemos ensejo de estudar noutra obra (nosso *Tratado de Direito internacional privado,* II, 173 e 186).

Cumpre observar-se que não existe nenhum rigor *a priori* segundo o qual se distingam forma e conteúdo; tão-pouco, qualquer princípio de direito supraestatal ou comparatístico. ~ preciso que uma regra de direito positivo defina o que é forma e defina o que é conteúdo. Naturalmente, quando os Estados adotam convenção internacional sôbre direito cambiário substancial, como acontece com os que aprovaram as Convenções de Genebra, a palavra *forma* empregada na Convenção sôbre conflitos de leis tem o sentido que lhe dá o direito uniforme substancial. Note-se que, aí, é o direito positivo que define forma e conteúdo. Muito errou a doutrina enquanto não chegou a essa convicção, que é de grande simplicidade.

2.PRÁTICA DOS ESTADOS. O Estado competente para dizer qual o estatuto da declaração cambiária diz qual o *esta,luto do conteúdo* e qual o *estatuto da forma.* A prática dos Estados, quer na doutrina, quer na jurisprudência, tendia para a adoção inexcetuada da *lez Moi, É* de notar-se, porém, que, ao se ter de formular a regra de sobredireito na Convenção de Genebra, o art. 3 ressalvou a regra do Estado da nacionalidade, o que bem mostra que a legislação genebresa reconheceu a competência legislativa do Estado da nacionalidade, sem apagar o interêsse que tem o Estado a que se liga a vinculação cambiária de exigir que os efeitos fiquem ligados a ela.

Diz o art. 3: “La forme des engagements pri~ en matiêre de lettre de chang,e et de billet à ordre est réglée par la loi du pays sur le territoire duquel ces engagements ont été souscrits. Cependant, si les engagements souscrits sur une lettre de change ou un billet à ordre ne sont pas valables d‟~prês les dispositions de l‟alinéa précédent, mais qu‟ils soient conformes à la législation de l‟Etat o? > un engagement, ultérieur a été souscrit, la circonstance que les premiers engagements sont irréguliers en la forme n‟infirme pas la validité de l‟engagement ultérieur. Chacune des hautes parties contractantes a la faculté de prescrire que les engagements pris en matiêre de lettre de change et de billet à ordre à l‟étranger par un de ses ressortissants seront valables à l‟égard d‟un autre de ses ressortissants sur son territoire, pourvu qu‟ils aient été pris dans la forme prévue par la loi nationale”.

§ 4.177. Sélo

1.OBRIGAÇÃO DE SELAR. A obrigação de selar é de direito administrativo. A regra de sobredireito pertence ao

~§ 4.176 E 4.177. FORMA CAMBIÁRIA direito fiscal internacional. Pergunta-se: ,qual o Estado competente para a decretação da pena de nulidade? Só o Estado que pode impor o sêlo. L. VON BAR *(Theorie und Praxis des internationalen Privatrechís,* a ed., II, 161; cf. OT‟TOLE

2

NGHT, *La Cambiale nel finIto internazionale,* 100;

BETTELHEIM, *Das internationale Wechselrecht õsterreichs,* 107) respondia que tem competência o Estado que dá a lei da forma, e a penalidade, qualquer que fôsse, havia de ser reconhecida pelos outros Estados (aplicação extraterritorial da lei fiscal).

Se a lei que rege a forma, tendo recebido o conceito de forma como abrangente da regra fiscal, considera forma a selagem, *toilitur quaestio.* Assim se há de entender JutEs VA *i4tny (Manuel de Droil international pnivé,* 1281 s.).

Se a lei do Estado competente para qualificar forma e fundo não tem como regra de forma a regra fiscal, falta competência à lei fiscal no terreno do direito cambiário. Isso não quer dizer que não possa ter competência para a legislação fiscal. A imposição rege-se por outros princípios e o Estado pode negar eficácia aos atos não selados, *dentro do seu ambiente estatal.* Não se trata de nulidade de direito cambiário ou de direito comum, mas, tão-só, de pena fiscal, de ineficácia dentro do pais e onde, fora do país, possuem extraterritorialidade as regras fiscais.

Na primeira Conferência da Haia (1910), adotou-se o seguinte art. 16 do Projeto: “Les Etats contractants ne peuvent subordonner à l‟observation des dispositions sur le timbre la validité des engagements pris en matiére de lettre de change et l‟exercice des droits qui en découlent. Tís peuvent seulement suspendre l‟exercice de ces droits jusqu‟à I‟acquittement des droits de timbre qu‟ils ont prescrit”. Na Segunda Conferência (1912) ao “seulement” substituiu-se “toutefois” e acrescentou-se: “Tís peuvent également décider que la qualité et les effets de titre immediatement exécutoire qui, d‟aprês

leurs législations, seraient attribués à la lettre de change, seront subordonnés à la condition que le droit de timbre ait été, dês la création du titre, dúment acquitté conformément les dispositions de leurs bis".

A Comissão de Peritos constituída pela Sociedade das Nações tomou o mesmo caminho.

4.177. SÊLO E CAMBIAL

2.DIREITO INTERESTATAL. Na primeira sessão (1930) da Terceira Conferência, a discussão restabeleceu-se.

Adotaram-se, com a Convenção de 7 de junho de 1980 (sôbre direito de sêlo) as seguintes regras jurídicas: *Convention relative au droil de timbre en matiêre de letíres de change et de billets* a *ordre* Art. 1. Dans le cas o? > telle ne serait pas déjá leur législation, les Hautes Parties contractantes s"engagent à modifier leurs bis de teile sorte que la validité des engagements pris en matiére de lettres de change et de billets à ordre, ou l"exercice des droits qui en découlent, ne puisse être subordonné à l"observation des dispositions sur le timbre.

Efles peuvent toutefois suspendre l"exercice de ces droits jusqu"à l"acquittement des droits de timbres qu"elles ont prescrits ainsi que des amendes encourues. ElIes peuvent également décider que la qualité et les effets de titre immédiatement exécutoire qui d"aprês leurs législations, seraient attribués à la lettre de change et au billet à ordre, seront subordonnés à la condition que te droit de timbre ait été, dês la création du titre, dúment acquitté conformément aux dispositions de leurs bis.

Chacune des Hautes Parties contractantes se réserve la faculté de restreindre l"engagement mentionné à l"alinéa premier aux seules lettres de change.

Art. 2. La présente Convention, dont les textes français et anglais feront également foi, portera la date de ce jour.

ElIe pourra être signé ultérieurement jusqu"au 6 septembre 1980 au nom de tout Membre de la Société des Nations et de tout Etat non membre.

Art. 3. La présente Convention sera ratifiée.

Les instruments de ratification seront déposés avant le ler septembre 1932 auprès du Secrétaire général de la Société des Nations qui en notifiera immédiatement la réception à tous les Membres de la Société des Nations et aux Etats non membres parties à la présente Convention.

Art. 4. A partir du 6 septembre 1980, tout Membre de la Société des Nations et tout Etat non membre pourront y adhérer.

Cette adhésion s‟effectuera par une notification au Secrétaire général de la Société des Nations pour être déposée dans les archives dii Secrétariat.

Le Secrétaire général notifiera ce dépôt immédiatement à tous ceux qui ont signé ou adhéré à la présente Convention.

Ad. 5. La présente Convention n‟entrera en vigueur que lorsqu‟elle aura été ratifiée ou qu‟il y aura été adhéré au nom de sept res de la Société des Nations ou Etats non membres, parmi lesquels devront figurer trois des Membres de la Société des Nations représentés d‟une manjêre permanente au Conseil.

La date de l‟entrée en vigueur sera te quatre-vingt-dixiême jour qui suivra la réception par te Secrétaire général de la Société des Nations, de la septiême ratification ou adhésion, conformément à l‟alinéa premier du présent article.

Le Secrétaire général de la Société des Nations en faisant les notifications prévues aux articles 3 et 4 signalera spécialement que les ratifications ou adhésions visées à L‟alinéa premier du présent article ont été recueiblies.

Art. 6. Chaque ratification ou adhésion qui interviendra aprês l‟entrée en vigueur de la Convention conformément àl‟article 5 sortira ses effets dês le quatre-vingt-dixiême jour qui suivra la date de sa réception par lo Secrétaire géneral de la Société des Nations.

Art. 7. La présente Convention ne pourra être dénoncée avant l‟expiration d‟un délai de deux ans à partir de la date à laquelie eble sera entrée en vigueur pour ce Membre de la Société dos Nations ou pour cet Etat non membre; cette dénonciation produira ses effets dês le quatre-vingt-dixiême jour suivant la réception par le Secrétaire général de la notification à lui adressée.

Toute dénonciation sera communiquée immédiatement par te Secrétaire général de la Société des Nations à toutes les autres Hautes

Parties contractantes.

Chaque dénonciation n‟aura d‟effet qu‟en ce qui concerne Ia Haute Partie contractante au nom de laquelbe elle aura été faite.

Art. 8. Tout Membre de la Société des Nations et tout Etat non membre à l‟égard duquel la présente Convention est envigueur, pourra adresser au Secrétaire général de la Société des Nations, dês l‟expiration de la quatriême année suivant l‟entrée en vigueur de la Conventiou une demande tendant àla revision de certames ou de toutes les dispositions de cette Convention.

Si une telle demande, communiquée aux autres Membres ou Etats non membres entre lesquels la Convention est alors en vigueur, est appuyée dans un délai d‟un an, par au moins. six d‟entre eux, le Conseil de Ia Société des Nations décidera s‟il y a lieu de convoquer une Conference à cet effet.

Art. 9. Les Hautes Parties contractantes peuvent décla rer, au moment de la signature de la ratification ou de l‟adhé. sion, que, par leur acceptation de la présente Convention, elies n‟entendent assumer aucune obligation en ce qul concerne l‟ensembie ou toute partie de leurs colonies, protectorats ou territoi-. res placés sous leur suzeraineté ou mandat; dans ce cas la pré-sente Convention ne sera pas applicable aux territoires faisant l‟objet de pareille déclaration.

Les Hautes Parties contractantes pourront, dans la suite, notifier au Secrétaire général de la Société des Nations qu‟elles entendent rendre la présente Convention applicable à l‟ensem.. bie ou à toute partie de leurs territoires ayant fait l‟objet de la déclaration prévue à l‟alinéa précédent. Dans ce cas, la Convention s‟appliquera aux territoires visés dans la notifica. tion quatre-vingtdix jours aprês la réception de cette der niêre par le Secrétaire général de la Société des Nations.

De même, les Hautes Parties contractantes peuvent à tout moment déclarer qu‟elles entendent que la présente Convention cesse de s‟appliquer à l‟ensemble ou à toute partie de leurs. colonies, protectorats ou territoires placés sous leur suzerainete ou mandat; dans ce cas, la Convention cessera d‟être applicable aux territoires faisant l‟objet de pareille déclaration un a~ aprês la réception de cette dernière par le Secrétaire général de la Société des Nations.

Art. 10. La présente Conventiou sera enregistrée par le Secrétaire général de la Société des Nations dês son entrée en vlgueur. ElIe sera ultérieurement publiée aussitôt que possible au *Recueil des Traités* de la

Société des Nations.

En foi de quoi les plénipotentiaires susnommés ont signé la présente Convention.

Fait à Genêve, le sept juin mil neuf cent trente, en simple expédition qul sera déposée dans les archives du Secrétariat de la Société des Nations; copie conforme en sera transmise à tous les Membres de la Société des Nations et à tous les Etats non membros représentés à la Conférence.

## CAPÍTULO V

## ESTATUTO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS CAMBIÁRIOS § 4.178. Âção cambiária ou cambiariforme e lei competente

1.ESTATUTO DA EXECUÇÃO. Cumpre que se separem a questão do estatuto da execução dos direitos cambiários ou cambiariformes e a do estatuto do título cambiário ou cambiariforme no plano do direito internacional processual. O remédio jurídico processual, inconfundível com as ações cambiárias, é dado pela *lex fori.*

2.APREsENTAÇÃO, PROTESTO, LEGITIMAÇÃO. Para que o direito cambiário se realize, certos atos e situações se fazem mister: apresentação, protesto, legitimação. O principio é o de que o direito que rege a pretensão cambiária contra aquêle a que se dirigem os atos é que os rege. Assim, se contra o aceitante da letra de câmbio ou o subscritor da nota promissória, a lei da vinculação dêsse; se contra o endossante, ou o avalista, a lei da vinculação do endossante ou do avalista. A opinião a respeito fixou-se (L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatreohts,* ~ 2Y ed., 167; E. MEILI, *Das internationale Civil- und Handelsrecht,* II, 847; A.

PILLET, *TraiU pratique de Droit international ~privé,* II, 84S; ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales Privatreckt,* II, 444). O direito internacional privado inglês impõe que se aplique o estatuto do lugar do pagamento (Bilís of Exchange Act, sect. 72, n. 8), e GIULIO DIENA pleiteou pelo estatuto do lugar da criação.

Como o direito inglês, JULES VALÉRY *(Manuel de Droit iflterfltLtioflal privé,* 1287) e GrnLío DIENA *(Trattato di Diritto commerciale internazionale,* III, 170).

Na Convenção de Genebra sôbre conflitos Óe lei, art. 8, "la forme et les délais du protêt, ainsi que la forme des autres actes nécessaires à la conservation des droits en matiêre de Iettre de change et de billet à ordre, sont réglés par les bis du pays sur le territoire duquel doit être dressé le protêt ou passé l"acte en question".

8. CLÁUSULA "SEM PROTESTO". Há a cláusula "sem protesto", empregada pelo sacador, ou pelo endossante, e discute-se qual a lei que a regula: ~é a lei do Estado do pagamento do título cambiário, a lei do Estado onde o protesto seria necessário, ou a lei de cada vinculação para a persistência da qual seria de mister o protesto? A jurisprudência do Brasil dispensa o protesto no tocante à obrigação do avalista do obrigado principal e aí teríamos fonte de questões de direito internacional cambiário ainda sem o uso da cláusula "sem protesto".

Houve quem quisesse o estatuto do lugar em que se criou a cambial, com o que se obteria disciplina única.

Arnuco CAvAGLIERI *(II Diritto internazionale commercia.. le,* 385 s.) pugnou pela lei do Estado onde o legítimo possuidor do titulo cambiário exigiu, inútilmente, bem que tempestiva-mente, o pagamento, ao obrigado principal. Parecia-lhe que se tratava, simplesmente, da documentação de um fato, bem que dêle derivassem conseqUências de ordem substancial. Além disso, dizia, faz-se preciso preferir-se a solução mais prática, desde que se não choque contra as exigências da lógica jurídica. O possuidor da cambial dispõe, quase sempre, de breve tempo para efetuar o protesto. Mais fácil é informar-se do direito de tal lugar.

A Convenção de Genebra, art. 8, anuiu em que o protesto dependesse da lei do lugar em que se devesse protestar o título, *quanto* à forma e *aos prazos.* t muito diferente de ter deixado a tal lei dispensar o protesto, ou não, ou admitir ou proibir a cláusula "sem protesto". Cumpre também ter-se em vista que os têrmos de apresentação para vencimento, ou para a aceitação, ou o pagamento pelo obrigado principal, nada têm com a regra do art. 8 da Convenção de Genebra, que só diz respeito à forma e aos têrmos e tempo do protesto.

*4.* LUGAR DO PROTESTO. Lugar em que o protesto ou ato necessário

à conservação dos direitos deve realizar-se éaquêle em que pode realizar-se e deve realizar-se: o do aceite ou o do pagamento, se se trata de Estado que adota o direito uniforme, ou cujo direito tem a mesma regra. Mas a lei que rege a obrigação do obrigado de regresso pode dispor diferentemente, de modo que a qualificação e o conceito dependem dêsse direito. Se se trata de *aviso,* como se dá no caso de desonra, ou de intervenção, ou de fôrça maior, a melhor solução éobedecer-se à lei do lugar da expedição; mas a lei que regeu a obrigação que se quer conservar pode dispor diversamente.

5. PROTESTO EM SEPARADO OU NÃO . Se o protesto pode ser em ato separado, ou não, decide a lei mesma que rege o protesto. Também ela regula a forma, mas o que é protesto e forma define o estatuto da obrigação daquele contra quem se vão operar os efeitos do protesto.

A lei-conteúdo mais aconselhável é a do lugar em que se protesta ou se passa o ato conservativo, porém a solução depende, como na Convenção de Genebra, da adoção de tal lei. Tudo se simplifica se se ordena a observância de uma só lei para os pressupostos, os prazos e a forma do protesto ou dos atos conservativos.

§ 4.179. Legitimação e regresso

1. LEGITIMAÇÃO DO PORTAflOR. A legitimação do portador é sujeita à lei que rege a vinculação daquele a quem se apresenta o título, e não pela lei do lugar da aquisição, o que somente concerne à série dos possuidores dos títulos ao portador.

2.TEMPO PARA O EXERCÍCIO DO REGRESSO. O tempo para o exercício do regresso é inconfundível com o tempo para os atos de conservação do regresso. Na Convenção de Genebra, os arts. 5 e 8 atingem matérias diferentes. Diz o art. 5: “Les délais de l‟exercice de l‟action en recours restent déterminés pour toutes les signatures par la loi du lieu de Ia création du titre”. Trata-se de lei-conteúdo, porque, normalmente, tais tempos haveriam de ser os do estatuto de cada obrigação cambiá-. ria. Deve-se à delegação italiana, em Genebra, tal sugestão de unidade de disciplina.

Também não se confundem tais têrmos com os prazos de prescrição, que são prazos para encobrimento de *efeitos* da declaração cambiária, sujeitos portanto ao art. 4.

CAPITULO VI

ESTATUTO DA SÉRIE DOS POSSUYDORES

§ 4.180. Posse e direito cambiário e cambiariforme

1.DISCUSSIO ENTRE POSSUIDORES. Aqui temos de atender a que a discussão é entre possuidores, e não entre vinculado e possuidor. O sacador da letra de câmbio ou o subscritor da nota promissória perde a posse segundo o estatuto da sua vinculação. O tomador e os endossantes, segundo a lei da sua vinculação. Não se pode raciocinar com os princípios concernentes aos títulos ao portador, salvo se ao portador a cambial, ou se endossada em branco.

2.QUALIFICAÇÃO DO ENDÔSSO. Se o endôsso é pleno ou não (endôsso-mandato, endôsso-penhor, endôsso-fidúcia, etc.) decide o estatuto da declaração do endossante. Todos os efeitos obedecem a êsse estatuto, porém, como os efeitos se dirigem a *algum* obrigado, há tantos estatutos de efeitos quantos são os vinculados sujeitos a diferentes estatutos. Os efeitos em relação ao aceitante, pois que somente podem ser *interiores* aos efeitos das vinculações do aceitante, são regidos pelo estatuto dos efeitos da vinculação dêsse (Cf. JULES

VALÉRY, *Manuel de Droit international privé,* 1288; sem distinguir, OTTOLENGHI, *La Cambiale nel Diritio internazionale,* 229).

As defesas e exceções entre o endossante e seu endossatário têm de caber no *branco* que deixa o direito que rege a vinculação do endossante. Se se ligam à subjacência, ou justajacência, ou à sobrejacência, o estatuto dessa decide quanto àextensão delas dentro do *branco.*

A forma dos endossos depende do estatuto da declaração do endossante, que adota, de ordinário, como lei-conteúdo, a *lez boi.*

A solidariedade dos vinculados por endôsso depende da lei que rege os efeitos da vinculação de cada um. Donde ser possível que a lei de um ou de alguns não estabeleça a solidariedade, ou que a estabeleça de modo diferente (GIULIO DIENA, *Trattato di Diritto oommeroiale internazionale,* III, 92; OTToLENCHI, *La Cambiale nei finito*

*internazionabe,* 142; JULES VALtY, *Manuel de Droit international rpnivé,* 1285; ERNST

FRANKENSTEIN, *Internationabes Pnivatreoht,* II, 444).

§ 4.181. Títulos perdidos e títulos furtados

1.PERDA E FURTO. Quanto à perda ou furto da cambial, a Convenção de Genebra estatui (art. 9): "La lol du pays clx la lettre de change ou le billet à ordre sont payables détermine les mesures à pendre en cas de perte ou de vol de la lettre de change ou du billet à ordre". Atendeu-se a ser o lugar do pagamento onde se concentram os interêsses ligados ao título cambiário.

2.CAMEla EM BRANCO. No caso de cambial em branco, na qual não haja lugar de pagamento, ~qual o lugar do pagamento? li. STAUB pensava que seria no lugar da criação, isto é, naquele em que a declaração cambiária teria surgido. Mas há evidente engano: o lugar do pagamento é determinado pela lei que rege a declaração como declaração de vontade criadora do ato unitário cambiário; essa lei dará a resposta, e então a lei do lugar do pagamento se aplica.

CAPÍTULO VII

TÍTULOS CAMBIÁRIOS E CAMBIARIFORMES E NEGÓCIOS JURÍDICOS SUBJACENTES, SIMULTÁNEOS OU SOBREJACENTES

§ 4.1S2. Abstração e negócio jurídico básico

1.NEGÓCIO SUBJACENTE, SIMULTÂNEO OU SOBREJACENTE.

Sempre que pode emergir o negócio jurídico subjacente, justa-, ou sobrejacente, ou alguma defesa ou exceção que a êle se prenda, tem o negócio jurídico subjacente, justa- ou sobrejacente, ou tal defesa ou exceção o seu estatuto, bem que seja o estatuto da declaração cambiária (estatuto dos efeitos) que responda, preliminarmente, se

pode emergir, ou não, tal negócio, tal defesa, ou tal exceção. Ocorre o mesmo quanto aos negócios jurídicos cambiariformes.

2. ESTATUTO DA ABSTRAÇÃO; novísio. Na esteira do direito alemão, muitas legislações cambiárias e, agora, o *direito uniforme,* têm por abstrata a declaração cambiária, isto é, abstraem do negócio jurídico subi acente, simultâneo ou sobrejacente, se o houve. Ainda existem sistemas estatais que não possuem a mesma concepção. A diferença é assaz interessante se consideramos o problema no plano do direito internacional privado, porque a lei aplicável é que responde à questão. Por outro lado, tal lei pode possuir solução própria, como que intermédia.

Mas é preciso advertir-se em que a provisão mesma tem o seu estatuto. Se a pretensão cambiária, para que se transmita, depende do negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente, responde o direito cambiário, isto é, o estatuto da obrigação. O problema de se saber se o crédito que constitui a *provisão* se transmite com a letra de câmbio e passa ao portador deve ser resolvido pelo direito que rege tal crédito. Cf. JULEs VALÉRY *(Manuel de Droit international privá,* 1285), que criticou a decisão da Côrte de Cassação, a 6 de fevereiro de 1900, a de Caen, a 12 de dezembro, e alguns autores (C. LYoN

-CAEN e RENAULT, SUItvILLE e ARTHUYs, GIULIO DIENA); e ERN5T FRANXENSTEIN

<*Internationales Privatrecht,* II, 447). Aliás, o mesmo acontece quanto às garantias *reais.*

A lei do Estado em que se criou o título cambiário não tem nenhuma competência para decidir da sorte, em direito das coisas, de provisão que se acha fora do seu território e, talvez, fora da sua vida econômica ou do alcance das suas leis pessoais. Não seria de admitir-se que dela dependesse a aquisição real *ipso jure,* ou a não-aquisição real *ipso iure;* mas éinegável que, lei da declaração cambiária do sacador, lhe dê a obrigação da provisão dos fundos.

Uma conseqflência, porém, resulta de ter o tomador adquirido o *crédito,* pois que o sacador o perdera, em virtude da lei competente: o crédito tem, desde êsse momento estrutura própria quanto à legitimação ativa, e nada obsta a que os endossos, ainda que regidos por outros estatutos, tenham o efeito de sucessão *ativa.* A Convenção de Genebra, art. 6, adotou fórmula que traduz tal convicção: “La loi du lieu de la création du titre détermine si le porteur d‟une lettre de

change acquiert la créance qui a donné lieu à l"emíssion du titre". O crédito, e não a propriedade da provisão (contra, LORENZO MOSSA, *La Ca,nbiale secondo la nuova legge,* 847). Mas também em caso de falência. Trata-se de relação entre sacador e tomador (ou possuIdor), estendida aos possuidores sucessivos.

§ 4.183. Precisões

1.DE GIULIo DIENA E DE C. LYON-CAEN. Giuno DIENA *(Trattato di finito commerciale internazionale,* II, 99-101) entendia que a lei da obrigação do endossante também precisava responder afirmativamente: a resposta da lei da declaração do sacador (= lei da criação do título) não seria *suficiente,* pôsto que fôsse *necessária.*

Argumentava com ser existente por si e autônoma a vinculação de cada endossante. Posteriormente, com opinião parecida, ERNST FRANKENSTETN *(lnternationales Pnivatrecht,* II, 448).

A verdadeira opinião não julga *necessária,* como de lei competente, a resposta afirmativa do estatuto da declaração do endossante. C. LYON-CAEN já dizia ser a solução pela lei da obrigação do sacador (= lei do lugar em que foi criada a letra de câmbio) *necessária* e *suficiente* (em 1900, no *Journal du Falais,* 1900, 1, 161; depois, C. LYoN-CAXN et RENAULT, *tL"raité de Droit commercial,* SY ed., IV, 498 s.; OuvI, *Manuale di Diritto internazionale, 886,* 887; OTTOLENGHI, *La Cainbiale nel finto internazionale,* 146 s.) ; mas ia demasiado longe quanto aos efeitos reais.

Por outro lado, pode dar-se que a lei regedora da vinculação do sacador (= lei do lugar da criação do título cambiário) não reconheça a sua suficiência, e apenas a considere necessária: então, faltará base para se dispensar a resposta por parte da lei que regeu a declaração do endossante (aqui, conteúdo da lei regedora da declaração do sacador).

2.VINCULAÇÃO DO SACADOR. Em relação ao sacado, aceitante ou não, não se pode dizer que seja necessária e suficiente, a *~priori,* a resposta da lei regedora da declaração do sacador. Primeiramente, o estatuto real tem de responder quanto à transmissão real, que pode ser *ipso inre* ou não. Depois, a dívida do sacado pode ser de natureza tal que lhe repugne transmitir-se pela simples assunção da vinculação por parte do sacador.

t preciso não nos esqueça que entre o sacador e o sacado a relação é

outra. Quando o sacado, como aceitante, se vincula. nasce para êle, segundo o seu direito, a obrigação à entrega da provisão, mas somente se o sacador se obrigou ao tomador ou ao possuidor; e tal vinculação extinguirá ou transmitirá o crédito do sacador perante êle se o estatuto do crédito o permite, de modo que, de regra, só se dá a extinção ou a transmissão se a lei o estatui ou se se satisfaz com a vontade das partes. Não se confunda a assunção de vinculação com a situação estabelecida entre o sacador e o sacado. Não atendeu a isso L. VON BAR *(Theonie und Prazis dez internationalen Pnivatrechis,* II,

2 a ed., 182) que submetia a declaração do aceitante ao seu direito, mas exigia que, para a *cessão,* também o direito do sacador a permitisse. Ora, ~por que a cessão haveria de ser, necessariamente , regida pela lei do sacador, *lez creditoris?* Por outro lado, o problema, em se tratando de aceite pelo sacado, não é o mesmo que se levanta quando o possuidor endossa o título.

3.RELAÇÕES DE DIREITO EXTRACAMBIÁRIO. As relações de direito extracambiário têm o seu estatuto, que não pode ser *a priori* determinado. Assim, se o aceitante, pelo aceite, se faz vinculado perante o sacador, ou se o sacado tem de aceitar, responde a lei que rege o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre êles. Se, ineficaz a declaração como declaração cambiária, é eficaz como declaração de outro ramo do direito, responde o estatuto da obrigação extracambiàriamente. Outrossim, se se trata de ação de enriquecimento injustificado que não seja cambiário (cf. F. MEILI, *Das internationale Civil. und Handelsrecht,* II, 318; exato, ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht,* II, 450).